

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE

LA PRESCRIPTION ACQUISITIVE

DES SERVITUDES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 13 Décembre 1909, à 3 heures

PAR

Henri GADON

Président : M. AMBROISE COLIN, professeur

Suffragants { *MM. CHAVEGRIN, professeur*
SAUZET, professeur

PARIS

IMPRIMERIE HENRI JOUVE

15, Rue Racine, 15

—
1909

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE

LA PRESCRIPTION ACQUISITIVE

DES SERVITUDES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 13 Décembre 1909, à 3 heures

PAR

Henri GADON



Président : M. AMBROISE COLIN, professeur

Suffragants { *MM. CHAVEGRIN, professeur*
SAUZET, professeur

PARIS

IMPRIMERIE HENRI JOUVE

15, Rue Racine, 15

—
1909

DE LA

Prescription acquisitive des Servitudes

PREMIÈRE PARTIE

NOTIONS HISTORIQUES

CHAPITRE PREMIER

DROIT ROMAIN

1. Développement de la théorie générale des servitudes.
2. De leur acquisition par prescription. — Avant la loi Scritonia. — Le droit classique. — Le droit des jurisconsultes et du prêteur. — Justinien.

I

Il est indispensable d'étudier au début de cette thèse les solutions données par le droit romain et l'évolution qu'elles ont subies afin de comprendre en matière d'acquisition des servitudes par la prescription l'état de la législation française ancienne et moderne. En effet le droit écrit de l'ancienne France est une prolongation à peine modifiée du droit ro-

main en cette matière. Le législateur du Code s'est donc trouvé en présence des lois romaines en même temps que des règles coutumières, qui donnaient des solutions très divergentes. Et certains auteurs ont voulu retrouver dans cette origine romaine la raison des règles de notre droit, sur la question de la prescription acquisitive des servitudes.

Les premières servitudes que nous révèle l'étude des institutions romaines sont des servitudes rurales. Les nécessités de la culture ont fait fléchir d'assez bonne heure les principes qui voulaient la propriété libre de toutes charges. C'étaient les servitudes *aqua, rivus, iter actus, cloaca*. Il est certain que du jour même où la communauté agraire a pris fin et où des fonds ruraux distincts ont été cultivés par des *domus* différentes, il a été nécessaire d'étendre en quelque sorte le droit de propriété d'un cultivateur sur certaines parties des fonds voisins qui étaient indispensables à l'exploitation du sien. C'est ce que M. Cuq exprime en prêtant au propriétaire romain l'usage de dire au lieu de : *J'ai un jus aquae descendae...*, *cette eau est à moi*. (1). Il n'y a donc pas à proprement parler servitude ; le droit de servitude est confondu avec son objet.

Il en est de même du reste pour la première servi-

1. Cuq. *Institutions juridiques des Romains*. Première partie, liv. II, ch. VII, IV, § 1.

tude urbaine qui ne tarde pas à apparaître, celle dite *cloaca* (1). L'antiquité de cet état de fait résulte de l'apparition d'*interdits utiles* qui viennent protéger les servitudes les plus récemment apparues alors que les plus anciennes sont protégées par des interdits spéciaux. A cette époque tout à fait primitive, ces droits sur une partie de la propriété voisine sont traités comme des droits de propriété. On leur applique les règles du droit de propriété. Ils s'acquièrent par mancipation, usucapion. Les servitudes peuvent se mettre en gage sauf les servitudes urbaines qui se sont vulgarisées à une époque où la notion de servitude vient de changer.

En effet, au vi^e siècle, la population de Rome ayant considérablement augmenté, la valeur des terrains s'étant accrue, l'usage s'établit de supprimer autour des habitations l'espace requis par la loi des Douze Tables, *ambitus*, et de surélever les maisons. Il devint donc nécessaire de créer de nouvelles servitudes urbaines, tout d'abord pour l'écoulement des eaux qui auparavant se faisait dans l'*ambitus*, et qui désormais se fit par des servitudes d'écoulement d'eau. Il s'établit également des servitudes *luminum*

1. Les servitudes urbaines sont protégées par un interdit général, l'interdit *quod vi aut clam*, sauf la servitude *cloaca* qui est protégée par un interdit spécial, ce qui démontre son antiquité. Elle prit naissance vraisemblablement après l'incendie de la ville par les Gaulois vers l'an 365 de Rome.

empêchant de surélever les maisons voisines dont les murs auraient nui à l'éclairage. Cette évolution des besoins dégage de plus en plus nettement la notion de servitude considérée non plus comme un droit sur une partie de la propriété du voisin mais comme un droit, comme une charge grevant l'ensemble de cette propriété. « Il était difficile, dit encore M. Cuq, de confondre ici le droit avec son objet (1). » En effet, quand on possède une servitude de vue, on ne peut plus dire : cette vue est à moi, mais bien *j'ai un droit de vue* sur la propriété du voisin.

A cette époque (le *vi^e* siècle) nous pouvons donc dégager ces éléments primordiaux de la servitude. C'est un droit sur la propriété d'autrui, droit que l'analyse fait paraître incorporel. En effet, l'étude des premiers jurisconsultes aboutit à la distinction des *res corporales* et des *res incorporales*. Le droit de propriété est qualifié chose corporelle parce que le *corpus* est un élément physique indispensable à la possession. Quand cet élément n'existe pas il semble évident à ces jurisconsultes qu'une possession est impossible et ces considérations les amènent à qualifier la servitude chose incorporelle.

Suivant Accarias ils n'ont pas pris garde que si le droit de servitude est incorporel le droit de pro-

1. Cuq, *ibid.* Première partie, liv. III, ch. V. V.

priété l'est tout autant, que la chose corporelle qui fait l'objet d'un droit de propriété ne cesse pas, en tant que soumise à un droit de servitude, d'être corporelle ; et qu'enfin, si la chose se prête à des actes matériels correspondant au droit de propriété, elle se prête tout aussi bien à des actes de même nature correspondant au droit de servitude. Je cultive un fonds, j'en cueille les fruits, j'y passe, j'y puise de l'eau : en quoi donc ces actes changeraient-ils de caractère, parce qu'ils n'expriment, au lieu d'une prétention à la propriété, que la prétention plus modeste à un droit de servitude (1) ?

En même temps que cette manière d'envisager la servitude s'introduit, nous voyons disparaître l'usucapion comme mode d'acquisition des servitudes. En réalité la mancipation aurait dû tomber en désuétude pour l'acquisition des servitudes, du moment où elles étaient considérées comme des droits incorporels. Jusque là on réalisait la préhension de la chose avec ce tempérament que l'usage avait fait admettre : on saisissait une partie de l'objet qui était censée représenter la totalité. Le droit de servitude étant devenu un droit incorporel, il n'aurait plus dû être possible de se livrer aux solennités de la mancipation. Mais elle avait pris une telle extension qu'elle fut conservée.

1. Accarias, I, 218.

Cet état du droit ne dura pas très longtemps. On finit par reconnaître que les servitudes comme la propriété peuvent se manifester par des actes matériels, qu'un personnage peut aussi bien se comporter en titulaire d'une servitude de passage qu'en propriétaire, qu'il peut y avoir une quasi-possession de la servitude comme il peut y avoir une possession de la propriété (1).

De même que la *mancipatio* et l'*in jure cessio* furent suppléées comme modes d'acquérir la propriété, l'intervention du prêteur permit de s'affranchir de ces modes pour l'établissement des servitudes. La jurisprudence entrée dans cette voie imagina la *quasi-traditio*.

Etant chose incorporelle on ne peut faire tradition de la servitude, mais il est admis que l'usage du droit remplace la tradition de la chose.

Ce résultat, d'abord nié par Labéon, sous Adrien par Pomponius, sous Antonin le Pieux par Gaïus, fut enfin admis dès la fin du 1^{er} siècle de l'ère chrétienne par Javolenus dans sa *Critique de Labéon* : « L'idée neuve c'est que les servitudes sont susceptibles de possession comme la propriété, pas d'une *possessio rei*, mais d'une *possessio juris* (2). »

Quant à l'acquisition de la servitude par une pos-

1. Girard. L. III. III, ch. I, § 2.

2. Cuq, *ibid.*, 2^e partie, L. III, ch. VII.

session de longue durée, qui était une conséquence non moins directe de la *quasi-possessio* ce sont les constitutions impériales qui l'ont consacrée.

Il faut remarquer, avec M. Girard, dans tout ce développement de la théorie des servitudes que leur système de constitution présente des analogies naturelles avec celui de l'acquisition de la propriété, mais que des différences sensibles tenant en particulier au caractère de choses incorporelles que l'on croit reconnaître aux servitudes différencient ces deux systèmes. Les réformes du droit prétorien elles-mêmes n'ont pas suivi en matière de servitude les mêmes voies qu'en matière de propriété. Nous allons le constater d'ailleurs à propos de l'acquisition des servitudes par prescription.

Il nous a paru nécessaire de débiter par cet exposé général et succinct du développement de la théorie des servitudes avant d'en venir à notre sujet.

II

Avant la loi Scribonia. --- Nous avons vu qu'aussi loin que nous puissions remonter dans l'étude du droit romain nous constatons une confusion du droit de servitude et du droit de propriété. Leurs modes de constitution étaient les mêmes.

Pour l'usucapion elle s'appliquait donc aux servitudes de même qu'à la propriété. Nous pouvons être affirmatifs sur ce point que fixerait à défaut de texte la logique même des choses. Un texte de Paul vient du reste corroborer cette affirmation : § 28 « Item si occupaveris vacuum possessionem, deinde venientem dominum prohibueris : non videberis vi possedesse ». § 29. « Libertatem servitutum usucapi posse verius est : quia *cam usucapionem sustulit Lex Scribonia, quae servitutem constituebat* ; non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitude. Itaque, si cum tibi servitutem deberem, *ne mihi* (puto) *liceret altius cedicure*, et per statutum tempus altius aedificatum hubuero : sublata erit servitus. » (1)

Cette loi *Scribonia* que mentionne le jurisconsulte vient donc supprimer une usucapion des servitudes qui existait antérieurement à sa date. Quant à la date de cette loi elle nous est donnée approximativement par un texte de Cicéron, plaidoyer pour *Cæcina* (2), duquel il résulte que les servitudes de passage, d'aqueduc et de prise d'eau pouvaient encore s'acquérir par usucapion à l'époque à laquelle il fut prononcé et que par conséquent la loi n'était pas encore rendue au moment de ce plaidoyer. La date exacte en est inconnue. Mais il ne peut avoir été prononcé

1. D. 41. 3, *De usurp.* L. 28 (29).

2. *Pro Cæc.*, 26, 74.

que dans les dernières années du vi^e siècle de Rome. En conséquence on peut fixer à quelques années près l'époque où naquit avec la loi Scribonia l'ère de prohibition qui met fin à notre première période (717 ou 720 de Rome).

Dans ce plaidoyer, Cicéron attribue l'introduction de cette usucapion des servitudes à ce qu'il nomme le *jus civile*, ce qui signifie chez lui une création des interprètes étendant la disposition de la loi des XII tables sur l'usucapion des fonds de terre. Nous avons donc les dates extrêmes de notre période où l'usucapion fonctionna régulièrement comme mode d'acquisition de ce qui devait être des servitudes et n'était encore que des droits corporels non distincts de la propriété.

Il faut nous demander maintenant si l'usucapion s'appliquait à toutes les servitudes et à quelles conditions.

Le point de savoir si toutes les servitudes ou quelques-unes seulement étaient susceptibles de s'acquérir par usucapion a suscité de nombreuses controverses.

Nous trouvons d'abord une opinion émise par Dunod :

« Les servitudes des champs n'étaient pas, dans l'ancien droit, sujettes à l'usucapion qui s'acquerrait alors par deux ans et qui requérait une possession réelle et continuelle parce que ces servitudes sont

régulièrement discontinues et ne s'exercent que par intermission. Les servitudes des bâtiments qui subsistent par un exercice continu, *actu aut habitu*, et par des signes permanents y étaient sujettes, mais elles en furent soustraites par la loi *Scribonia* et soumises seulement à cet égard à la prescription de dix à vingt ans (1). »

Dans son *Traité des servitudes réelles*, Lalaure dit également que les servitudes rustiques ne pouvaient jamais dans l'ancien droit s'acquérir par l'usucapion (2).

On voit que ces auteurs assignent ainsi au point de vue de l'usucapion des servitudes, une grande importance à ce fait que la servitude est urbaine ou rurale. La majorité des interprètes admet à ce moment que la servitude a été qualifiée dès l'origine suivant la nature du fonds dominant. Un certain nombre de textes confirment cette opinion : L. 1, D. VIII, 1 ; L. 6, D. XXIII, 5 ; L. 1 § 1, D. VIII, 4.

D'autres cependant voyant qu'ainsi la même servitude pouvait être tantôt urbaine, tantôt rurale suivant le sort réservé au fonds dominant repoussent ce critérium et proposent le suivant : une servitude peut-elle se comprendre indépendamment de toute construction, elle est rurale. Elle serait urbaine dans

1. Dunod. *Des Prescriptions* Part. III, ch. VI, p. 290.

2. Lalaure, L. II, ch. I, p. 105.

le cas contraire. Mais comment alors ces auteurs expliqueront-ils la loi 20 § 1, D, VIII, 2, où la servitude de passage est citée comme urbaine, la loi XI, § 1, D, VI, 2, où celle d'aqueduc est également comprise parmi les *servitutes prædiorum urbanorum*.

Ortolan dans son *Traité de droit romain* professe une opinion fondée également sur la distinction des servitudes urbaines et prédiales : « On est autorisé dit cet auteur à penser que cette usucapion antérieure à la loi *Scribonia* s'appliquait uniquement aux servitudes dont on peut dire suivant les expressions de Paul *quasi quodam facto possideso* lesquelles se trouvent principalement parmi les servitudes urbaines. » (1)

Ce système offre le facile avantage de se rapprocher de celui admis par les rédacteurs de notre Code. Mais il est en contradiction évidente avec le texte même de Paul sur lequel il se fonde. « *Servitutes prædiorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt et ideo usu non capiuntur vel ideo quia tales sunt servitutes ut non habeant certam continvunque possessionem ; nemo enim tam perpetuo tam continenter ire potest ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur. Item et in servitutibus prædiorum urbanorum observatur.* » (2)

1. Ortolan, I II, p. 336.

2. L. 14, pr. D. VIII, 1.

Le principe que Paul a posé au début pour les servitudes rurales, il l'applique à la fin du texte aux servitudes urbaines. Il ne faut donc voir dans cette interprétation que la manie de retrouver partout le Code civil des Français.

On abandonna du reste de bonne heure cette théorie et Machelard devant l'insuffisance des textes considère le problème comme insoluble et de peu d'importance (1).

Cependant, en Allemagne, vers le milieu du xix^e siècle, au moment où de nombreux érudits se livrèrent à l'étude des institutions romaines, la théorie contraire à celle que nous venons d'examiner ci-dessus s'est dégagée. Le traité de Voigt intitulé : *Über den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten und Servituten Klagen während der römischen Republick* a mis en lumière ces idées nouvelles et c'est M. Cui qui eut le mérite de les introduire en France. Aux termes de cette théorie, les servitudes rurales furent les seules à l'époque où nous nous plaçons susceptibles de s'acquérir par usucapion.

Il est curieux de noter que le *Répertoire* de Merlin (2) contient des traces de cette théorie. Cet auteur pense en effet que les servitudes rustiques pouvaient être usucapées dans l'ancien droit romain, et il cite

1. Machelard. *Examen critique des distinctions admises en ce qui concerne les servitudes prédiales.*

2. Merlin. *Rép.* au mot Servitudes, § 20, p. 79.

à l'appui de cette opinion un paragraphe du *pro Cæcina*. « Aquæductus haustus, iter actus a patre sed rata *auctoritas* harum rerum omnium a jure civili sumitur. » (1)

Le mot *auctoritas*, remarque Merlin, est celui même qu'emploie la loi des Douze Tables pour désigner l'usucapion et l'opinion de Cujas et de La-laure prétendant que seules les servitudes urbaines sont susceptibles d'être acquises par usucapion de deux ans se trouve contredite formellement par ce texte. Merlin remarque encore que les servitudes rurales étaient seules classées parmi les *res Mancipi* et il se fonde encore sur cet argument pour affirmer que seules elles étaient susceptibles d'être usucapées. Voici qui est fort intéressant.

Il paraît bien résulter de deux passages de Cicéron, l'un du *pro Cæcina* dont nous venons de parler, l'autre des *Topiques* que primitivement l'*usucapio* n'avait pu faire acquérir que la propriété du *fundus*, de l'immeuble non bâti, du *fundus romanus* bien entendu devenu plus tard le *fundus italicus*, ce qui excluait la possibilité de l'usucapion pour les *res nec Mancipi* qui, dit-on, n'étaient originairement pas susceptibles de propriété *quiritaire* et se trouvaient protégées seulement par l'*actio ad exhibendum* et l'*actio furti*.

1. Cicéron. *Pro Cæc.*, § 26.

Mais d'assez bonne heure et du temps même de Cicéron les *res nec Mancipi* devinrent susceptibles d'usucapion. Elles étaient en effet devenues susceptibles de propriété *quiritaire* à l'égal des *res Mancipi*, elles étaient protégées par l'action en revendication.

A leur apparition en effet les servitudes urbaines étaient vues sans doute d'un mauvais œil et ne s'implantèrent que difficilement. Ce n'étaient point là des choses nécessaires aux besoins de la famille. La conception du droit de propriété à Rome est celle d'un droit absolu et indépendant et seules les nécessités de la culture y firent apporter des entraves.

Nous allons trancher très rapidement la question des conditions requises pour l'usucapion des servitudes. Ces conditions sont du reste les mêmes que celles de l'usucapion des immeubles.

Aucune difficulté en ce qui concerne le délai. Il est de deux ans. Certains auteurs ont parlé d'un délai originellement uniforme d'une année, mais à une époque où les servitudes n'existaient vraisemblablement pas encore.

Quant au juste titre et à la bonne foi, leur nécessité en matière d'usucapion a bien été affirmée. Mais l'entente s'est faite dans ces dernières années et les auteurs modernes ont reconnu qu'à l'époque où nous plaçons ces deux éléments ne sont pas requis.

Le droit antique, comme le remarque M. Esmein (1),

1. Esmein. *Mélanges*, pp. 171-172.

évitait par instinct la recherche des intentions. Deux conditions suffisaient à celui qui s'est emparé d'une chose pour l'usucaper : en faire usage conformément à sa destination, continuer cet usage pendant deux années.

Cet intervalle de deux années, quoique très court, paraît suffisant sans juste titre ni bonne foi car le cycle de la culture foncière dans le Latium et les intervalles qui séparaient les partages entre les membres de la *gens* dans la période de propriété collective était de deux années (1). Il semble donc naturel que, la propriété individuelle étant admise, le fait de cultiver un champ pendant ce laps de temps ait été considéré comme en faisant acquérir la propriété.

Nous ne devons pas perdre de vue que la légitimité de la propriété est fondée à Rome sur son utilité familiale. Ce qui n'est pas utile au foyer n'est plus légitime. On présume que cette utilité a disparu quand un non-usage s'est perpétué pendant deux années.

Au reste l'usucapion n'aurait pu se maintenir si on ne l'avait pas considérée encore comme une garantie apportée aux droits acquis par des acquéreurs sérieux et de bonne foi.

C'est là le résumé d'une théorie professée par Krüger, Voigt, Pernice, Strentzing, et M. Esmein (2).

1. Cf. Fustel de Coulanges. *La Cité antique*.

2. Krüger sur Pacht, II, 208. — Voigt, II, 232. — Pernice. *Labeo*, II, 152. — Stintzing. *Das Wesen von bona*

Voici les deux définitions très anciennes que nous trouvons de l'usucapion. Le juste titre ni la bonne foi n'y sont mentionnés : « Usucapio, dit Ulpien (1), est autem dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel bienni. »

« Usucapio, dit Modestin (2), est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti. »

Dans la seconde définition nous trouvons au lieu du délai formel de deux ans indiqué par Ulpien cette formule vague : *temporis lege definiti*. Il faut expliquer ce changement par une substitution opérée à dessein par les rédacteurs du Digeste de manière à ce que le texte s'appliquât aux délais de Justinien.

Nous avons terminé l'étude de cette première époque où les servitudes confondues avec le droit de propriété, très peu nombreuses et presque exclusivement rustiques, s'acquièrent comme lui par l'usucapion de deux ans sans autres conditions exigées, qu'une possession *animo domini*, et exempte de *furtum*. (3)

fides und titulus in der romischen Usucapionslehre.— Esmein, *Mélanges*, pp. 171 et suiv.

1. Ulpien, XIX, 8.

2. L 3. D. XLI, 3.

3. L'absence de *furtum* est seule condition exigée pour arriver à l'usucapion. Même la violence n'empêche pas d'usucaper. A plus forte raison l'usurpation conduisait à la propriété.

*
* *

Le droit classique. — Nous sommes donc arrivé à l'an 720, époque où une loi *Scribonia* vient interdire l'usucapion des servitudes.

Et en effet nous avons vu à propos du développement de l'idée de servitude à Rome qu'à cette époque et même dès le ^{vi}^e siècle, la multiplicité des servitudes créées par le changement du mode de construction, a fait se dégager l'idée même de servitude, idée sur laquelle les jurisconsultes travaillent, dont ils font un droit incorporel, une chose incorporelle, *rem incorporalem*.

C'est une analyse superficielle, nous l'avons vu, qui les conduit à ce résultat et Accarias en a fait une très solide critique. Il n'en est pas moins vrai que c'était un progrès sur le temps où l'on confondait le droit de servitude et le droit de propriété. Mieux vaut ne pas voir qu'un droit est corporel par son objet, que de le confondre avec cet objet lui-même. Réaction trop violente sans doute, mais réaction utile.

La conséquence toute naturelle de cette notion du droit de servitude est que les servitudes, choses incorporelles, ne sont pas susceptibles de possession, que par conséquent elles ne sont susceptibles d'aucuns des modes de constitutions qui supposent la

possession à leur base, ni de la tradition puisqu'on ne peut remettre une chose sans corps, ni de l'usucapion puisque c'est un mode d'acquérir qui repose sur une possession prolongée.

Paul le dit en termes très clairs : *Incorporales sunt et ideo non capiuntur* (1) et Gaius encore : *Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est* (2).

Les seules difficultés pour cette période assez courte qui ne va que jusqu'au 1^{er} siècle de notre ère, mais assez importante parce qu'elle forme le droit classique romain, viennent des tempéraments plus ou moins grands que l'on peut faire résulter, pour la règle que nous venons de poser, de différents textes.

L'un deux est d'Ulpien : *Hoc jure utrium et servitutes per se nusquam longo tempore capi possint cum ædificiis possint* (3). Nous vivons sous cet état de droit que les servitudes prédiales ne peuvent jamais être acquises isolément, mais qu'elles peuvent l'être avec les édifices dont elles sont une dépendance. Voici comment on peut imaginer l'hypothèse, le cas d'Ulpien. Primus qui n'était pas *dominus* de la maison, mais simplement possesseur

1. L. 14 pr., D. VIII, 1.

2. L. 43, §. 1, D. XLI, 1.

3. L. 10, § 1. D. XLI, 3.

l'avait aliénée, vendue et livrée à Secundus et au moment où il livrait cette maison il se trouvait avoir en fait sur le fonds voisin une servitude de vue ou d'appui. Je dis en fait, parce que Primus l'avait acquise lui-même *a non domino*, l'aliénateur avait vendu la maison telle quelle : *cum sua causa* et avec la servitude de vue ou d'appui qui *paraissait* lui appartenir, à Secundus. Ulpien nous dit que quand Secundus avait pendant deux ans possédé la maison *cum sua causa*, avec la servitude qui *paraissait* en être l'objet actif, qu'on considérait comme un fonds dominant, alors qu'il ne l'était que de fait, Secundus avait acquis : 1.° la propriété de l'*ædificium* ; 2.° la servitude qui était l'accessoire du fonds.

On pouvait donc acquérir *jure civili* par l'usucapion (*longo tempore* étant une interpolation à la place d'*usucapione*) les servitudes urbaines au cas où l'on usucapait le fonds principal.

Mais, comme Paul dit : « *Servitutes prædiorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt et ideo usu non capiuntur, vel ideo, quia tales sunt servitutes ut non habeant certam, continuamque possessionem nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur* » (1), il semble

1. L. 14, pr. D. VIII. 1.

qu'il n'en était pas de même des servitudes urbaines.

Et cependant à y réfléchir cela n'est pas absolument évident. Tout ce que dit Paul c'est « *incorporales tamen sunt, etiam si corporibus accedunt* ». C'est sans doute dans la crainte qu'on dise choses corporelles des servitudes qui depuis la loi Scribonia seulement étaient choses incorporelles que Paul insiste.

En sorte que sans doute toutes les servitudes pouvaient s'usucaper à notre époque lorsqu'on usucapait le fonds dominant.

Un autre texte de Paul est également sujet à plusieurs interprétations : « *Servitus hauriendæ aquæ vel ducendæ biennio ommissa intercedit et biennio usurpata recipitur* (1). »

M. Accarias l'interprète de la façon suivante (2) : « Ce texte de Paul a fait croire que dans le droit classique les servitudes d'aqueduc et de puisage une fois éteintes par le non-usage, revivent par une usucapion de deux ans. Mais la pensée du jurisconsulte n'est elle pas plutôt que des actes de jouissance accomplis avant l'expiration du délai de deux ans préviennent l'extinction ? »

L'interprétation de M. Accarias ne nous paraît pas satisfaisante. En effet, le texte lu simplement ne

1. Sent. Pauli, I, XVII, § 2.

2. Accarias, I, 270.

donne pas ce sens. La clarté habituelle à Paul ne permet pas de le lui attribuer.

Ce n'est pas davantage une hypothèse d'usureception en présence de laquelle nous nous trouvons. Une servitude éteinte par le non-usage pourrait revivre par une usureception de deux ans. *L'usureceptio* n'est qu'une *species usucapionis*, dit Gaius (1), et il ajoute qu'elle s'opère en un an *etiam si res soli sit*.

De plus pour Paul cette disposition n'est pas en contradiction avec ce fait que les servitudes ne peuvent être usucapées. Il dit expressément de la servitude d'aqueduc qu'elle ne peut pas l'être au paragraphe 1 et au paragraphe 2 il ajoute que perdue par l'usage en deux ans elle peut être recouvrée par l'usage en deux ans.

Sauf donc ces quelques dérogations, le principe est nettement établi pendant tout le droit classique. Pas d'usucapion des servitudes, droits incorporels.

Notons enfin qu'à cette époque le développement des modes d'acquisition de la servitude est différent de celui des modes d'acquisition de la propriété auquel il ressemble par sa nature. Même dans les réformes du droit postérieur, il en sera encore de même. Le point de départ de ces différences est cette idée que les servitudes sont choses incorporelles.

1. Gaius, II, 59.

*
* *

Le droit des jurisconsultes et du prêteur. — Dès le 1^{er} siècle des idées nouvelles s'introduisirent sur la possession des servitudes. Il fut admis par la plupart des jurisconsultes que les servitudes, bien que droits incorporels, étaient cependant susceptibles d'une certaine possession. Non pas d'une *possessio rei* mais d'une *possessio juris*. C'était avoir recours à une sorte de fiction.

C'est la quasi-possession créée par le prêteur, qui permet de remédier aux inconvénients qui résultaient pour les servitudes, de ce fait qu'elles ne pouvaient s'acquérir que par des modes compliqués et par suite insuffisants de la mancipation et de l'*in jure cessio*.

Le résultat pratique de cette réforme devait donc être la possibilité de transférer les servitudes par tradition ou rétention. Ce résultat fut nié par Labéon, sous Hadrien, par Pomponius, sous Antonin le Pieux, par Gaïus. Mais à la fin du 1^{er} siècle Javolenus l'admet dans sa critique de Labéon. « Quotiens via, dit-il, aut aliquod jus fundi emeretur cavendum putat esse Labeo, per te non fieri quo minus eo jure uti possit : quia nulla ejus modi juris vacua, traditio esset. Ego puto usum ejus juris pro traditione pos-

sessionis accipiendum esse. Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt. » (1).

L'usage du droit remplace la tradition impossible.

Cette idée implique en outre l'extension à l'acquisition des servitudes de ce mode que constitue la possession prolongée, l'usucapion ou du moins la *præscriptio longi temporis*.

L'usucapion, en effet, avait un délai trop court et par conséquent trop dangereux, ce fut la prescription plus longue qui fut appliquée.

On trouve en effet au Digeste, livre VIII, titre V, sous le titre : *Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur* un fragment d'Ulpien, lib. 53, *ad Edictum* (2).

« Si quis diuturno usu, et longa quasi possessione, jus aquæ ducendæ nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo, sed utilem habet actionem ut ostendat, *per annos forte tot usum se, non vi, non clam, non precio* [possedis] (3). »

Mais il ne faut pas perdre de vue que cette prescription des servitudes n'est pas la *longi temporis præscriptio*. Les deux développements sont encore indépendants s'ils sont analogues. Les textes mêmes

1. L. 20, D. VIII, 1.

2. L. 10, D. VIII, 5.

3. Cf. de même Ulpien. D. IV. 6. L. 23. 2.

semblent éviter le nom de *longi temporis præscriptio*. Ils se servent plutôt des expressions *longa possessio*, *diuturnus usus*, *vetus usus*, *longa consuetudo*, *longi temporis consuetudo*.

La recherche de ces expressions paraît décisive ; les règles de la prescription des servitudes diffèrent de celles de la prescription de la propriété. Il n'y a pas identité de principe d'ailleurs. Recherchons en quoi ces règles diffèrent ou sont les mêmes :

Notre recherche doit porter d'abord sur le délai exigé en matière de prescription des servitudes. Rappelons qu'en matière de propriété la *prescriptio longi temporis* s'accomplit par un délai de dix ans entre présents et vingt ans entre absents. En est-il de même en matière de servitudes ?

M. Accarias répond négativement. « Je suis, dit-il, convaincu qu'il n'y a ici aucune détermination légale d'un laps de temps précis, que tout dépend de l'appréciation du juge, et que c'est justement pour cela qu'on évite, quand il est question de servitudes, les expressions techniques : *longi temporis possessio* ou *prescriptio*. Telle est bien la doctrine qui paraît ressortir des textes d'Ulpien que je citerai tout à l'heure relativement à la *justa causa* » (1).

Les textes auxquels fait allusion Accarias sont l'un un fragment du titre XI.III *ad Edictum* (2) qui se ter-

1. Accarias, t. I, p. 684.

2. L. 1, § 23, D. XXXIX. 3.

mine ainsi : « Si tamen lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere, Sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute, neque vi, neque precario, neque clam, habuisse longa consuetudine, vel ex jure impositam servitutem videatur. Non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in ejus agro muniemus : eritque ista quasi servitus in quam rem utilem actionem habemus vel interdictum. »

Il suffit donc d'après ce texte que la quasi-possesion ne soit pas entachée des vices de précarité, de clandestinité ou de violence. Et cette doctrine générale, le même Ulpien en fait l'application à la servitude *aquæ ducendæ* (1) et l'empereur Caracalla (2) à la servitude *ne luminibus officiatur*.

« On lit il est vrai, ajoute Accarias, dans un texte du Code (3) que les servitudes se prescrivent *exemplo rerum immobilium*. Mais l'examen de l'espèce et de la décision prouve que ce texte ne se réfère pas à la durée de la quasi-possesion. »

Ainsi donc pour Accarias la durée nécessaire est laissée à l'arbitraire du juge, qui décide d'après les circonstances de la cause si la possession a été assez

1. L. 10 pr., *di Serv. vind.*

2. L. 1. C. De serv., III, 34.

3. L. 2. De serv. et aqu. III, 34.

longue pour acquérir la servitude. Cet arbitraire a l'intérêt de ne laisser planer aucun doute sur la bonne foi du possesseur, nécessaire d'après cet auteur.

M. Accarias semble bien avoir raison quand il déclare que le texte du Code III, 34. L. 2, ne se réfère pas à la durée de la quasi-possession, mais on peut se demander si les autres textes qu'il cite sont décisifs et s'ils tranchent la question d'une manière absolue et qui s'applique aussi bien aux premiers temps de cette institution qu'aux modifications que lui firent subir les empereurs. Ulpien ne donne à propos de la prescription des servitudes aucun délai déterminé. Mais nous allons voir qu'il est nécessaire de faire à ce propos une distinction suivant l'époque à laquelle on se place.

Nous trouvons en effet un texte de Paul (1) : « Res olim judicata, post longum silentium injudicium deduci potest, nec eo nomine in duplum revocari. Longum autem tempus, exemplo longuæ prescriptionis, decennii inter præsentis, et inter absentes vicennii computatur. »

Il semblerait donc, si l'on s'en tenait à la doctrine de M. Accarias, qu'il y ait une flagrante contradiction entre le texte de Paul et les textes d'Ulpien cités plus haut.

1. Paul. *Sententia*, V. 7^a, § 8.

M. Girard (1) la résout en soutenant que, après avoir eu d'abord un délai indéterminé, la *longi temporis possessio* a bien fini par s'accomplir par un délai de dix à vingt ans. Et M. Cuq argumente ainsi. « Ce sont les constitutions impériales qui, au III^e siècle, ont réglé ce délai en lui attribuant la durée de dix à vingt ans qui était déjà celle prescrite pour l'acquisition de la propriété. » Sans doute, nous, semble-t-il, par analogie et par cette tendance naturelle du droit à évoluer vers la simplification et l'unité. Aux siècles précédents, pense M. Cuq, on était plus exigeant et l'usage de la servitude devait remonter à un temps immémorial.

Ces deux opinions ne sont en contradiction que sur un point : De la fin du I^{er} au III^e siècle était-ce l'arbitraire du juge qui décidait sur la durée de la possession, ou bien cette durée devait-elle être immémoriale. Quoi qu'il en soit, de ce point où M. Cuq nous paraît devoir l'emporter, grâce aux textes que nous allons citer ci-dessous, il n'est pas douteux qu'à partir du III^e siècle, les textes sont là pour l'affirmer, la possession pour devenir acquisitive du droit de servitude devait se prolonger dix années entre présents et vingt années entre absents. Et c'est déjà un acheminement vers le droit de Justinien.

1. Girard. *Droit romain*, p. 363.

Voici trois textes qui ont donné lieu à une longue controverse :

Pomponius dans son livre 34 *ad Sabinum* dit : (1)
« Ductus aquæ, cujus origo memoriam ex cessit jure constituti loco habetur. » Voici déjà la prescription immémoriale dont parle M. Cuq.

Scævola dans son livre 4 des *Responsa* s'exprime ainsi : (2) « Solet eos qui juri dicundo præsumt, tueri ductus aquæ, quibus auctoritatem vetustas daret, tametsi jus non probaretur. »

De même Labéon cité par Paul (3) : « Idem Labeo, aït, cum queritur an memoria exstet facto opere non diem et consulem, ad liquidum exquirendum, sed sufficere si quis sciat factu : hoc est, si factum esse non ambigatur, nec utique necesse esse, superesse qui meminerint ; verum etiam si qui audierint eos qui memoria tenuerint. »

De ces trois textes il résulte bien que pour les servitudes dont ils parlent une possession immémoriale était nécessaire, pour l'acquisition du droit.

A ce propos les glossateurs du commencement du xix^e siècle ont émis l'opinion suivante : Nos trois textes ne s'appliquent qu'à des servitudes rurales. Nous avons déjà vu que ces glossateurs pensent que les servitudes rurales à Rome étaient considérées

1. D. XLIII, 20, L. 3, § 4.

2. D. XXXIX, 3, 26.

3. D. XXXIX, 3, L. 2, § 8.

comme des servitudes *discontinues*, au lieu que les servitudes urbaines auraient été considérées comme les seules servitudes continues. Ils en concluaient, rapprochant ainsi de notre Code français la législation romaine, que les servitudes discontinues étaient soumises pour leur prescription à une possession immémoriale, alors que les servitudes continues restaient dans le domaine de la prescription ordinaire de dix à vingt ans.

Nous ne nous attarderons pas à discuter cette opinion. Savigny en a fait justice (1). L'exercice continu ou non de la servitude n'a en droit romain aucune influence sur l'acquisition du droit par prescription. Nos textes, il est vrai, ne parlent que de servitudes rurales. Il ne s'ensuit pas forcément, puisqu'aucun texte ne le dit formellement, puisque même aucun de nos textes ne généralise (ils parlent de telle servitude qui se trouve être rurale, mais non pas des servitudes rurales en général) que les servitudes urbaines n'ont pas suivi la même loi. Ceci même serait-il admis comment de servitudes rurales conclure à servitudes discontinues ? Jamais à Rome, sauf peut-être à l'origine, et ceci encore n'est point démontré, les distinctions de servitudes rurales et servitudes urbaines, de servitudes continues et discontinues, n'ont été confondues entre elles ; il y a des servitudes ur-

1. Savigny. *System*, IV, § 197, p. 492.

baines discontinues comme il y a des servitudes rurales continues (1).

Il nous faut examiner maintenant les deux éléments : juste titre et bonne foi, qui sont appliqués en matière de prescription des fonds provinciaux et nous demander si on les exige en notre matière, et si, lorsque l'on a créé la *longa possessio* comme moyen d'acquérir les servitudes, on lui a étendu les règles requises pour la *prescriptio longi temporis* qui existait avant elle, mais qui, nous le savons, tout en étant assez voisine d'elle dans son principe, en diffère dans ses éléments.

Accarias (2) se sert des textes d'Ulpien et de Calla que nous avons précédemment cités, à propos de la durée de la possession, pour affirmer l'inutilité de la *justa causa* (3). C'est-à-dire que les servitudes à la différence de la propriété peuvent être acquises *longa tempore* non seulement par celui qui a traité avec le *non dominum* mais encore par celui qui n'a traité avec personne. Mais se fondant sur le fait que nul texte ne dit le contraire, sur ce qu'il ne voit pas de motif logique d'exclure l'application du droit commun, il admet que la bonne foi est nécessaire en matière de servitudes. Il l'admet d'autant plus

1. Cf. Mayng, I, 849. — Dernburg, I, 2, 223. 10.

2. Accarias, *ibid.*

3. On entendait par juste titre, *justa causa*, le *justum initium possessionis*, ou *justa origo possessionis*.

volontiers qu'il soutient, contrairement à ce qui nous paraît vraisemblable, que l'arbitraire du juge seul limite le délai, et qu'il voit dans le fait d'exiger la bonne foi un correctif à cet arbitraire.

Voici un résultat beaucoup trop compliqué et d'ailleurs impossible s'il faut en croire M. Esmein (1). Selon lui, on ne séparait jamais à Rome le juste titre et la bonne foi. L'une des qualités commande l'autre et ni l'une ni l'autre ne sont exigées en l'espèce.

Tous les auteurs à l'heure actuelle semblent d'accord sur ce point.

Les seules qualités exigées pour arriver à la prescription sont que la possession ne s'exerce pas à titre de tolérance. « Si per fundum tuum nec vi, nec clam, nec præcario, commeavit aliquis, non tamen tanquam id suo jure faceret, sed si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque. Nam ut hoc interdictum competat, jus fundi possedisse oportet » (2), mais comme si l'on avait un droit sur le fonds servant : « Servitute usus non videtur, nisi is qui suo jure uti se credidit, ideoque si quis pro via publica, vel pro alterius servitute usus sit nec interdictum nec actio utiliter competit » (3). « Aristo putat, eum demum interdictu hoc habere

1. Esmein. *Mélanges*, n° 2, p. 180.

2. Celse. 25. D. XLIII, 19. L. 7.

3. Paul. *Sent.*, L. V. D. VIII. 6. L. 25.

qui se putat suo jure uti, non eum qui scit se nullum jus habere, et utitur » (1), et sans que la possession ait été entachée des vices de violence, de clandestinité, de précarité à l'égard du propriétaire.

Ce sont là du reste les conditions et pour ainsi dire même les éléments de la possession dans la *prescriptio longi temporis* du droit commun. Il n'y a pas plus quasi-possession sans elles qu'il n'y a possession (2).

Tels sont donc les caractères principaux de cette prescription de long temps qui d'après le droit prétorien conduit à l'acquisition des servitudes et dispense celui qui prétend à la servitude de justifier de son titre d'acquisition.

C'est donc le prêteur qui se charge de procurer les avantages d'une servitude ainsi acquise mais non pas en droit civil ; « et interdicta vetuti possessoria

1. Aristo apud Ulpian. *Ædict.* L. 79. D. XLIII, 20. L. 1, § 19.

2. Disons un mot d'une autre théorie d'Accarias touchant les servitudes négatives. C'est une pure construction très logique mais arbitraire. Au lieu que pour lui la quasi possession des servitudes positives résulte du simple exercice du droit, s'agit-il de servitudes négatives la quasi-possession se caractérise par l'abstention même du propriétaire ou du possesseur du fonds asservi, cela pourvu que cette abstention, au lieu d'être le résultat spontané et libre de sa seule volonté, puise sa raison d'être dans une convention ou dans un testament, en sorte qu'à l'égard des servitudes purement négatives, la nécessité d'une *justa causa* ne saurait être écartée puisqu'ici il n'y a pas de quasi-possession sans le consente-

constituta sunt » (1). Il en protège la possession et l'exercice à l'aide des interdits quasi-possessoires, à l'aide encore d'une exception. Le texte d'Ulpien que nous avons cité plus haut (2) : *utilem habet actionem*, nous dit même que le prêteur accorde une action utile au possesseur de la servitude. Voilà donc la servitude acquise par quasi-possession protégée aussi efficacement que par les mesures de droit civil.

Sous les empereurs et à mesure que l'on avance dans le droit romain, le droit civil et le droit prétorien vont tendre à se confondre. Les servitudes s'acquièrent par dix ou vingt ans de possession.

*
* *

Le droit du Bas-Empire. — Il ne nous reste plus

ment du propriétaire ou de celui qui se prétend tel, ou que tout au moins une pareille quasi-possession serait affectée d'un caractère évident de clandestinité. Comment, par exemple, un propriétaire qui pendant dix ou vingt ans s'abtiendrait de construire pourrait-il se douter que son inaction va entraîner pour moi acquisition d'un *jus altius non tollendi*? Je ne puis donc prescrire cette servitude qu'autant qu'elle m'a été expressément consentie par une personne sans droit.» Et il continue en essayant longuement de paralyser l'objection qui résulte d'un texte cité plus haut, le rescrit de Caracalla sur la servitude *ne luminibus officiatur*.

1. Javolenus. D. VIII, 1. L. 20.

2. Ulpien L. 1, § 23 D. XXXIX, 3.

qu'à terminer en peu de mots notre étude de la législation romaine, en disant que Justinien consumma la fusion entre le droit prétorien et le droit civil. Désormais la *prescriptio longi temporis* s'applique exactement aux servitudes avec les conditions de délais de juste titre et de bonne foi du droit commun.

C'est là une simplification très importante de la théorie de la propriété comme de la théorie des servitudes. L'une et l'autre doivent s'acquérir par une possession prolongée.

« Eodem observando etsi res non soli sint sed incorporales quæ in jure consistunt veluti usu fructus et ceteræ servitutes (1). »

1. L. 12. § 4 Code VII, 33.

CHAPITRE II

L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

1. Notions sur les servitudes au moyen âge. — 2. A partir de la rédaction des coutumes. — Le droit écrit. — 3. Le droit coutumier.

I

Il nous est très difficile de suivre la théorie générale des servitudes aussi bien que leur mode d'acquisition par prescription, pendant les siècles qui suivirent les invasions et jusqu'à la fin du moyen âge.

Nous ne trouvons aucune étude traitant cette matière, et pour l'approfondir il nous aurait fallu nous livrer à des recherches débordant le cadre de cette thèse. Nous allons simplement nous efforcer de dégager les idées générales qui ont pu avoir quelque influence sur la prescription ou les servitudes au moyen âge et qui ont fait évoluer ces notions jusqu'au point où nous les retrouvons précisées au xv^e siècle.

Il faut songer tout d'abord à la confusion qu'a introduite en matière de servitudes le droit féodal. C'est en vain qu'on chercherait dans le très ancien droit français, la distinction précise que fait le droit romain entre les droits réels et les droits personnels. La théorie des droits réels est très indéterminée : « La distinction traditionnelle dit M. Chénon (1), entre les actions personnelles et réelles, n'y fut jamais faite d'une façon nette ; elle y fut toujours mal comprise et souvent détournée de son sens véritable. Ainsi au XIII^e siècle, au moment où le droit romain commence à faire sentir son influence sur le droit du moyen âge, Beaumanoir (2) faisant une confusion qui s'est souvent reproduite, qualifie les actions immobilières, mobilières et mixtes de *demandes réelles, personnelles et mêlées*. » Il en est de même du rédacteur du *Grand Coutumier de France* ou *Coutumier de Charles VI*, Jacques d'Ableiges, qui écrivit en 1388. Non seulement il reproduit la confusion de Beaumanoir, mais encore il entend par *jus in re*, la propriété pure et simple et par *jus ad rem* c'est-à-dire par quoi les Romains entendaient les obligations, un droit d'usufruit ou de servitude, bref un *jus in re aliena*. Cette confusion au reste

1. Chénon. *Les démembrements de la propriété foncière, avant et après le Code civil*, p. 18.

2. Beaumanoir. *Coutumes de Beauvoisis*.

n'est pas encore complètement disparue et des dictionnaires comme celui de Littré ou celui de Darmesteter donnent encore comme définition de droit réel : droit portant sur un immeuble.

« La notion de droit réel au moyen âge était donc, dit encore M. Chénon (1), celle de tout droit qui s'appliquait à un héritage, du moment qu'il s'attachait principalement à ce fonds, dut-il réagir sur les personnes qui le détenaient. Le seul caractère nécessaire pour faire apparaître le droit réel était de suivre partout l'immeuble entre toutes les mains ainsi qu'on peut transformer en droits réels fonciers des redevances, des corvées et autres charges se manifestant sous la forme d'obligations personnelles (1) ».

Cette confusion se trouve encore aggravée par la multiplicité des démembrements de la propriété créés par les institutions féodales. Le régime du fief présente en effet ce caractère particulier, que le bien unissant le tenancier au seigneur est à la fois réel et personnel, c'est la terre qui doit en matière de tenures roturières et serviles plutôt que l'homme (2). En généralisant même on pourrait dire, ou du moins à l'époque féodale on entendait, que tous les droits qu'un seigneur recevait de ses vassaux étaient atta-

1. *Op. cit.*, p. 19.

2. La même idée se trouve aussi nettement exposée dans l'ouvrage de M. Beudant. thèse, p. 122, 123.

3. Esmein. *Histoire du droit français*, p. 211.

chés non seulement à la personne du serf qui en exécutait la charge, mais encore à la terre même qui était concédée à ce vassal par le suzerain. En sorte que ces droits étaient conçus comme des droits réels et de même nature que les servitudes au sens romain du mot.

Quant à ces servitudes proprement dites, il est certain qu'elles ont continué leur existence à travers les divers régimes qui ont fait subir des modifications à la propriété. Les nécessités économiques et surtout les besoins de la culture et du voisinage ont perpétué l'existence des servitudes urbaines et rurales. Nous ne nous attarderons point à en rechercher l'énumération.

Voyons ce qu'est devenue la prescription pendant tout le cours de cette époque.

A l'époque où les Francs Saliens ont envahi la Gaule, ils apportèrent avec eux la prescription germanique dont le délai d'accomplissement était d'un an et un jour (1).

Les Gallo-Romains à la même époque possédaient les deux prescriptions de Rome. L'une, l'usucapion s'accomplissait par le délai très court d'un an ou

1. Ce délai qui était d'une année révolue, un an et un jour, s'allongeait de trois fois quinze jours accordés pour des assignations. Les assignations ayant disparu, ce délai se trouva être d'un an et six semaines.

deux ans. C'était du reste une institution mourante et pour le surplus sans application en matière de fonds provinciaux, comme de servitudes. L'autre, était au contraire, en pleine vie. C'était la prescription longue, création du droit prétorien, dont les délais étaient de dix, de vingt et de trente ans. Nous avons déjà vu qu'en matière de servitude le délai de cette prescription avait été fixé par les empereurs à dix et vingt ans. Car il ne faut pas oublier que l'unification de Justinien, ni sa fusion entre l'usucapion et la longue prescription, ni sa fusion entre les règles de la prescription de droit commun et celles en matière de servitude n'avaient été opérées.

Cette courte prescription des Germains tirait son origine de ce que la propriété n'était encore qu'à peine individualisée, celui qui avait semé la récolte et l'avait cultivée avait droit à la moissonner. De là à lui conférer la propriété du fonds, il n'y avait eu qu'un pas à franchir, ce que l'on avait fait naturellement quand la propriété était devenue individuelle.

Tandis que les Burgondes et les Wisigoths qui s'étaient établis dans le Nord de l'Europe occidentale, renonçaient rapidement à leur courte prescription pour adopter les prescriptions romaines, une lutte se produisit chez les Francs entre les longs délais romains et le court délai barbare.

Nous allons suivre cette lutte en matière de propriété, et il est à prévoir qu'elle s'est produite de même en matière de servitudes. Mais tandis qu'en matière de propriété, ce conflit a abouti à un triomphe presque complet du droit romain, en matière de servitude le droit romain a imposé son long délai partout où la prescription des servitudes a été admise.

A la Cour mérovingienne le système romain était en honneur.

Clotaire II édicte le délai de trente ans en matière de prescription. Mais il ne fait application de ce délai qu'aux Gallo-Romains, *provinciales*, et aux églises, laissant aux Francs l'usage de leur coutume (1).

Childebert II, dans l'édit de 596, applique les prescriptions de dix et trente ans à tous les sujets sans distinctions d'origine.

Louis le Débonnaire en 819 s'attaque directement à la coutume germanique et abroge expressément le délai prévu par elle (2).

Mais que faut-il penser du silence des textes en ce qui concerne la prescription des servitudes. Faut-il supposer qu'elle était entièrement ignorée des

1. Clotairii II. *Prescriptio*, 584. 628. a 13, dans *Boretius Capit.*, t. I, § 1^a, p. 19.

2. Loi salique, ch. XLV.

mœurs germaniques ? Faut-il croire qu'en usage chez les Gallo-Romains elle tomba en désuétude sous l'influence des lois barbares ? Le fait que la maxime dominante que nous trouvons établie en droit coutumier est « nulle servitude sans titre » nous inclinerait à adopter cette hypothèse. Il faudrait alors en restreindre la portée au Nord et au Centre de la France en admettant que ce qui sera pays de droit écrit a suivi en cette matière les usages romains, sous la forme de coutumes à partir de la fin du ix^e siècle, puis à partir du xii^e de nouveau sous la forme de loi romaine. La loi romaine sortit en effet alors de l'oubli, elle reprit une place toute naturelle dans le Midi de la France et dans les deux autres tiers se mêla à la coutume, en combla les lacunes, la modifia sur beaucoup de points (1).

Ce qu'il y a de certain en notre matière, c'est qu'en examinant notre droit coutumier, on retrouve dans la diversité des coutumes en cette matière, dans leurs dispositions divergentes et souvent même entièrement opposées, la trace évidente d'un conflit entre deux principes extrêmes. Les servitudes s'acquièrent où ne s'acquièrent point par prescription. Comme nous trouvons nettement établi en droit romain l'un de ces principes, ne semble-t-il pas logique d'attribuer l'autre au droit germanique.

1. Esmein. *Histoire du droit*, p. 706.

Trop logique sans doute et faut-il se défier de cette conclusion. Nous aurons à examiner les raisons que donnent les vieux auteurs des règles restrictives admises en notre matière. Peut-être faut-il voir dans leur prohibition la défiance habituelle au moyen âge à l'égard de changements qui ne se fondaient que sur un moyen aussi immoral que la prescription.

Pour ce qui est de la bonne foi et du juste titre, la prescription romaine, quand elle exigeait ces deux éléments, ne les exigeait nous l'avons vu qu'à l'origine de la possession. Mais, souvent, et notamment en matière de servitudes, on ne distinguait pas entre le possesseur de mauvaise ou de bonne foi.

Sur ce point les idées apportées par le christianisme et l'influence de l'église sont intervenues pour discréditer une sanction accordée à la possession de mauvaise foi. Le droit canon en cette matière a franchement adopté un système où non seulement il était nécessaire pour arriver à la prescription, d'avoir été à l'origine possesseur de bonne foi, mais encore où il était nécessaire de n'avoir point cessé de l'être pendant toute la durée de la possession.

C'est ainsi qu'en 1215 le Concile de Latran adopte le canon suivant :

« Synodali judicio definimus ut nulla valeat absque bona fide prescriptio, tam canonica quam civilis ; cum sit generaliter omni constitutioni atque consuetudini derogandum quæ absque mortali non

potest obsesvari peccato nude oportet ut qui præscribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienæ (1). »

Comme on le voit, cette décision du Concile de Latran tendait à s'imposer, *tam canonica quam civilis*, non seulement au droit canon mais encore en toute matière. Comment en effet admettre que l'on puisse sanctionner une mauvaise foi qui ne peut exister *sine peccato* ? Les docteurs du Concile sont du reste dupe des mots. La mauvaise foi en cette matière n'implique pas forcément péché. Quel péché y a-t-il à s'approprier une terre délaissée par son propriétaire ? Mauvaise foi signifie seulement absence de bonne foi, absence d'erreur.

Quoi qu'il en soit les jurisconsultes se divisèrent sur la solution à adopter en droit civil. Le droit romain se présentait à eux comme la raison écrite. Le droit canon prétendait exprimer la morale même.

Un esprit indépendant comme Beaumanoir se range à la doctrine romaine. Il semble admettre la prescription fondée sur une possession de mauvaise foi ().

Mais la plus grande partie des jurisconsultes suivit l'avis de l'Eglise, au moins en ce qui concerne la prescription de dix à vingt ans où la bonne foi est

1. Concile de Latran. *Canon quoniam*.

2. Beaumanoir. *Coutumes de Beauvoisis*, ch. XXIV.

exigée non seulement sous la forme d'une *justa origo possessionis*, mais encore sous celle d'une bonne foi de toute la durée de la possession.

Pour ce qui est de la prescription des servitudes nous verrons au paragraphe suivant que lorsqu'elle est admise comme résultat d'une possession de dix à vingt ans la plupart du temps elle exige la bonne foi et le genre de bonne foi que nous venons de définir.

Si au contraire la prescription trentenaire ou plus longue est exigée, nous allons voir qu'en ce cas ce sont les idées romaines qui l'emportent. La bonne foi n'est pas nécessaire.

II

« Quoique les lois romaines soient la base et le fondement de la jurisprudence en pays de droit écrit, on ne les suit pas néanmoins si strictement que l'on ne s'en écarte en beaucoup d'occasions et surtout en matière de servitudes pour laquelle chaque Parlement a adopté un usage particulier sur la manière de les acquérir par possession », dit Lalaure dans son *Traité des servitudes réelles*, à l'usage de tous les parlements et sièges du royaume, soit pays de droit écrit, soit pays coutumiers (1).

1. Lalaure, *op. cit.*, préface.

Malgré la renaissance de l'étude du droit romain, qui du reste n'avait jamais dû tomber en France dans un complet oubli, qui s'était maintenu dans la pratique judiciaire des pays méridionaux, dont l'étude, et peut-être même l'enseignement, n'avait jamais cessé même au ix^e, x^e et xi^e siècle (1), malgré donc cette renaissance, au xii^e siècle avec Irnesius à Bologne puis au xvi^e avec Cujas et Doneau à Bourges, le droit romain est très mal connu, plus mal encore interprété.

Cette matière déjà obscure par les interpolations dont on n'a su démasquer que quelques-unes, par le mauvais état dans lequel se présentent les textes, par l'absence d'une méthode historique assez rigoureuse pour se rapporter avec précision à telle ou telle époque, telle institution, est rendue plus obscure encore par les gloses des commentateurs.

C'est ainsi qu'en ce qui concerne notre matière, les uns prétendent que les servitudes en droit romain ne peuvent s'acquérir par prescription se fondant sur la loi 14 au titre *de Servitut.* et sur la loi 10 § 1 au titre *de Usurpat.* ; les autres au contraire tiennent pour la prescription, ils s'appuient sur la loi 5 § 3 du titre *de Itin* et sur la loi 10 du titre *Si servit. vindic.* Les uns prétendent trouver une distinction faite par les lois romaines entre les

1. Esmein. *Histoire du droit*, p. 336.

servitudes continues et discontinues, les autres ignorent cette distinction, les uns veulent un délai de trente ans en tous cas, les autres tantôt trente ans, tantôt une possession immémoriale. Au Parlement de Paris on exige un titre pour fonder l'acquisition d'une servitude pour certaines provinces dépendant du Parlement mais régies par le droit écrit (1).

Une première doctrine fort accréditée distingue en droit romain entre les servitudes urbaines et les servitudes rustiques. D'après eux, les urbaines se prescriraient par dix à vingt ans, mais les rustiques quoiqu'attachées à des choses corporelles sont des droits incorporels. Leur exercice est loin d'être continu. Or, la seule possession ne suffit pas. La prescription présuppose une possession réelle et actuelle. Or, la plupart des servitudes rustiques ne sont susceptibles que d'un usage qui n'est ni constant, ni permanent. Elles sont l'objet d'une fiction de jouissance.

Cette doctrine est fortement combattue par Domat notamment et aussi Davezan (2) dans son ouvrage *De prescriptione servitutum*. A propos de la servitude *aquæ ducendæ* ce dernier montre que l'exercice qu'on en fait semble leur donner une cause continue puisqu'on les possède avec l'intention d'en jouir continuellement.

1. Lalaure, *op. cit.* Préface.

2. Davezan. *De prescriptione servitutum*, p. 559.

Une troisième opinion se fonde sur la division en servitudes continues et servitudes discontinues. C'est notamment l'opinion de Cujas. La loi *Scribonia*, dit-il, abolit l'usucapion des servitudes urbaines. Elle abolit avec elle la division qui, auparavant, était la principale entre servitudes urbaines et rurales. Après elle quand on fonda la prescription des servitudes on distingua selon qu'elles étaient continues ou non continues et l'on permit de prescrire seulement les servitudes continues. Il est vrai que pour toutes les servitudes la possession immémoriale avait force de titre : *Habebat vim tituli*.

Davezan (1) s'élève avec force contre cette opinion. Selon lui, comme selon Domat, toutes servitudes sont prescriptibles.

Nous ne attarderons pas à discuter une à une où à réfuter point par point ces théories. Il suffit de se rapporter à notre partie de droit romain pour savoir quelles solutions nous paraissent préférables.

Mais ces théories nous paraissent surtout intéressantes en ce que sous le couvert d'une exactitude historique et le plus souvent même d'une manière inconsciente, elles se prêtent à la transformation du droit sous l'influence des besoins de la pratique et celle de l'évolution des mœurs. Les jurisconsultes,

1. *Op. cit.*, p. 570.

en effet, introduisent dans les lois romaines des distinctions qui ne s'y trouvent pas. Et ceci naturellement en les examinant du point de vue des règles coutumières. Je ne veux point dire qu'ils faussent sciemment le droit romain, mais celui-ci apparaissant souvent comme contradictoire ou obscur, ce sont des gens qui connaissent les règles coutumières et leurs justifications théoriques, qui ont à l'interpréter.

Quant aux parlements ils choisissent entre les règles que leur proposent les jurisconsultes celles qui conviennent le mieux au propre esprit de légistes de ceux qui les composent, ou mieux encore celles qui sont le plus en harmonie avec les mœurs et les besoins de leur ressort.

Puis ils réglementent plus étroitement, envisageant des cas exceptionnels dont ils ne trouvent pas la solution dans le droit romain. Naturellement ils le font en se rapprochant eux aussi inconsciemment des coutumes de pays coutumiers. En sorte que ces deux législations, dont nous verrons bientôt avec les règles du droit coutumier qu'elles sont si opposées dans leur principe, se trouvent dans le détail faire usage des mêmes genres de permissions ou prohibitions.

Nous allons pour compléter notre étude passer en revue très rapidement et par conséquent som-

mairement la jurisprudence des parlements de droit écrit (1).

Au Parlement d'*Aix* le droit est le suivant : Le principe admis est que la prescription vaut titre mais on l'applique de la façon suivante. Les servitudes négatives tout d'abord ont besoin pour être prescrites d'avoir été précédées d'une contradiction qui n'est pas nécessaire au cas de servitude positive. Puis l'on distingue entre trois espèces de servitudes : les servitudes discontinues, intermédiaires et continues. On entend dans cette distinction par servitudes intermédiaires celle des servitudes continues qui n'ont pas nécessité la main de l'homme pour s'établir. Or on admet que les servitudes discontinues s'établissent seulement par une possession immémoriale. Les servitudes intermédiaires s'établissent par une possession de trente ans. Un arrêt du 17 juin 1753 (2) détermine du moins la jurisprudence en ce sens. Il en était de même déjà d'un arrêt du 16 mars 1655 (3). Quant aux servitudes continues elles exigent seulement une possession de dix à vingt ans. Un

1. Pour cette revue de la jurisprudence des Parlements nous nous servons de l'ouvrage de Lalaure déjà cité et de celui de Merlin, *Répertoire*, au mot *servitudes*, § 22. L'ouvrage de Merlin s'inspire de celui de Lalaure. Le premier est de 1761, le deuxième de 1815 à 1820.

2. Cité par Lalaure, *op. cit.*, liv. II, chap. III.

3. Boniface. T. I, liv. II, chap. II, cité par Merlin, § 22, a. 1, p. 84.

arrêt de 1718 en décide ainsi pour une servitude dont les travaux sont établis sur le fonds servant. Lalaure hésite à étendre la jurisprudence de cet arrêt à toutes les servitudes de la classe dite continue. Merlin exprime une opinion nettement affirmative.

Le parlement de *Besançon* et le parlement de *Grenoble* qui suit la jurisprudence de *Besançon* en cette matière ont adopté les règles suivantes :

Les coutumes de Bourgogne en effet qui s'appliquent à la Franche-Comté sont muettes en cette matière, et renvoient au droit romain que l'on entend de la manière suivante. En principe les servitudes discontinues s'acquièrent par une possession immémoriale, cependant le caractère de discontinuité ne nécessite pas, à lui seul, l'emploi de cette possession. Il faut ajouter qu'à *Grenoble* seules les servitudes rurales semblent soumises à ce long délai et qu'à *Besançon* il faut y adjoindre la non-apparence (1). Quant aux servitudes continues elles s'acquièrent par la possession de trente ans.

Dans le ressort du Parlement de *Bordeaux*, les servitudes continues s'acquièrent pour trente ans et les servitudes discontinues par la possession immémoriale à moins qu'elles n'aient été précédées de contradiction auquel cas elles sont sujettes à la prescription trentenaire.

1. Arrêt du 2 ventôse an IX, cité par Merlin, § 22, art. 2.

Pour le Parlement de *Dijon*, où la coutume de Bourgogne renvoie au droit romain, l'avis de Lalaure est que toutes les servitudes y sont prescriptibles. Mais l'opinion a été soutenue qu'il était impossible de prescrire les servitudes urbaines même continues. Brillon s'est prononcé en ce sens (1), de même Taisand (2). Si l'on suit l'avis de Lalaure, toutes les servitudes continues et discontinues s'acquièrent par trente ans contre les laïcs, quarante ans contre les clercs.

A *Dijon* encore, mais pour la Bresse et le Bugey, les servitudes continues se prescrivaient par trente ans et les discontinues par la possession immémoriale seulement.

A *Paris*, pour le Lyonnais, le Forez et le Beaujolais qui sont pays de droit écrit, quoique rattachés à son Parlement, les servitudes urbaines, c'est-à-dire des villes et des faubourgs, ne sont pas prescriptibles pour ne pas nuire dit-on à la beauté des édifices (1). Quant aux servitudes rurales elles se prescrivent par trente ans.

1. Brillon, t. VI, p. 183.

2. Taisant. *Sur la coutume de Bourgogne*, titre XIV, n°8.

3. Bretonnier, cité par Melrin, § 22, art. 6, p. 91. — Arrêt du 2 août 1668, *Journal des audiences*, t. III, liv. II, chap. 22. — Lalaure, liv. II, chap. IX, p. 169, pense que les seules servitudes imprescriptibles sont celles qui portaient sur un bâtiment comme fonds servant.

Le Parlement de *Pau* exige la prescription centenaire pour les servitudes discontinues, les servitudes continues se prescrivent par dix et vingt ans.

Toulouse suit la même règle, relativement à la prescription immémoriale des servitudes discontinues. Quant aux servitudes continues il faut trente ans contre les laïcs, quarante ans contre les ecclésiastiques.

Enfin au Conseil supérieur d'*Alsace* même distinction. Les servitudes continues s'acquièrent par dix à vingt ans, les discontinues par la prescription immémoriale.

En, sorte qu'à vouloir établir une règle générale approximative, on peut dire qu'en pays de droit écrit il faut distinguer entre les servitudes continues et les servitudes discontinues, les unes s'acquièrent tantôt par une possession de dix à vingt ans qui, nous le savons, a besoin d'être accompagnée de la bonne foi, tantôt par la possession de trente ans qui se passe de la bonne foi, tandis que les servitudes discontinues ont généralement besoin de la prescription.

III

En pays de coutume la règle générale est absolument l'opposé, comme nous allons le voir par un rapide examen de la plupart des coutumes. L'article 189 de la coutume de Paris dit en effet expressément : « Droit de servitude ne s'acquiert par longue jouissance, quelle qu'elle soit sans titre encore que l'on ait joui par cent ans ». Bien qu'un grand nombre de coutumes n'admettent qu'avec des distinctions cette règle « Nulle servitude sans titre », bien que même quelques coutumes établissent d'une manière absolue la prescription des servitudes, elle n'en est pas moins en honneur dans la plus grande partie de la France coutumière et nous verrons que l'on s'y réfère pour nombre de coutumes muettes.

On peut diviser en quelques classes les coutumes à ce point de vue. C'est ce que nous allons faire pour leur étude, adoptant les distinctions et la division de Lalaure.

1° *Coutumes qui édictent la règle : « Nulle servitude sans titre »* Nous avons déjà cité l'article 186 de la coutume de Paris. La plupart des coutumes ne sont pas aussi formelles et l'on n'y exclut pas nom-

mément la prescription de cent ans ou prescription immémoriale. Il n'en faut pas moins étendre à ces coutumes cette exclusion, qu'elles sous-entendent. Les termes dont elles se servent sont assez forts pour avoir motivé une jurisprudence prohibitive au moins à la fin du xviii^e siècle (1).

Il semblerait néanmoins que l'autorité de Dumoulin a fait admettre la prescription pour une servitude, non seulement à Paris mais dans toutes les coutumes de son groupe. C'est pour la servitude d'égout ou le droit de recevoir des eaux quand des ouvrages apparents ont été faits sur le fonds d'autrui pour en procurer l'écoulement. Nous avons sur ce point les témoignages de Dumoulin (2) et de Guy Coquille (3).

Desgodets conteste cependant cette exception mais dit que dans ces coutumes si, on ne prescrit point les égouts incorporés, du moins fait-on exception à la règle « Nulle servitude sans titre » en faveur des aqueducs publics et des petites rivières servant à écouler les eaux de tout un pays (4).

1. Voir plus bas à propos de la coutume d'Orléans.

2. Dumoulin, sur l'art. 230 de la *Coutume de Blois*.

3. Guy Coquille, sur la *Coutume du Nivernais*, chap. X, art. 2, mot *Egout*.

4. Desgodets sur l'art. 186 de la *Coutume de Paris*, n^o 7 et 8.

Merlin (1), qui admet avec Dumoulin et Guy Coquille l'exception qu'ils proposent, admet également celle dont parle Desgodets.

Une autre exception résulte d'après Laurière de ce fait qu'en matière de servitude la prescription libératoire est admise à Paris par trente ans. « Je tiens, dit-il (2), que la servitude ayant été prescrite pour la libération contre le titre, elle se peut réacquérir par prescription de trente ans à cause de l'ancien titre ; parce que cette dernière possession n'est pas tant une prescription qu'une présomption qu'on n'a pas voulu tirer avantage de la première mais exécuter de bonne foi le titre ».

Pothier encore nous dit que quand le propriétaire apparent d'un héritage a concédé une servitude celui à qui il l'a concédée et qui est possesseur de bonne foi acquiert cette servitude par trente ans (3), « Je n'acquiers aucun droit, dit-il, mais j'acquies au moins *causam usucapiendi*. Car ma possession n'est pas en ce cas déstituée de titre puisque je possède en vertu d'un titre d'acquisition *ab eo quem bona fide crededam dominum esse* ; et ma possession ne peut passer pour une tolérance puisque j'use du droit de servi-

1. Merlin. *Rép.*, § 24, a. I, p. 95.

2. Laurière sur l'a. 186 de la *Coutume de Paris*.

3. Pothier. *Introduction au titre XIII de la Coutume d'Orléans*. A. II § 5.

tude en ce cas, *tanquam juste existimans me jus servitutis habere.* »

De même Laurière (1) sous l'empire de la coutume de Paris permettait formellement au possesseur de bonne foi de prescrire par dix ou vingt ans. Bernard d'Argentré (2) dit de même que l'exclusion de la prescription n'a lieu que pour les possesseurs sans titre et que la prescription est admise dès qu'elle s'appuie sur un titre : *Sed et discontinuas quoque vis tituli praescriptibiles reddit, cum evenit titulum a non domino haberi.*

La coutume d'Orléans dit dans son article 225 : « Vueus esgouts et tous autres droits de servitudes ne portent saisine à celui qui les a s'il n'a titre valable ; et sans titre valable ne les peut prescrire par quelque temps que ce soit. »

La saisine, dans l'ancienne langue du droit, est la possession. Il faut donc entendre : L'usage des droits de servitudes n'emporte pas une possession pouvant conduire à la prescription.

Quant à l'exclusion de la possession centenaire il y a eu là-dessus des avis opposés. Dumoulin (3) nous

1. Laurière. *Coutume de Paris*, t. II, p. 166.

2. Bernard d'Argentré, ss. l'art. 271 de l'ancienne *Coutume de Bretagne*, v° sans titre nos 13 et 14.

3. Dumoulin. *Conseil* 26, nos 24 et 25. Dumoulin répète encore la même idée sur le titre I de la *Coutume de Paris*, § 12, glose 7, n° 14 et c'est pour repousser son interpréta-

dit de la prescription centenaire : « Habet vim constituti nec dicitur praescriptio, sed titulus, et nunquam censetur exclusa etiam per legem prohibitivam nec per quaecumque verba quaecumque prescriptionem excludentia. »

Pothier dit de même (1) comparant à ce propos les termes des coutumes de Paris et d'Orléans : « Quant à la raison sur laquelle s'est fondée la coutume de Paris qui est qu'une possession précaire, telle qu'est présumée celle des servitudes dont il n'y a pas de titre, ne cesse pas d'être précaire par le laps de temps quelque long qu'il soit ; le laps de temps seul n'en pouvant pas changer la qualité ; *cum nemo sibi ipse mutare possit causam possessionis suæ*, on peut répondre qu'il semble qu'il est vrai, mais le laps de temps peut bien faire changer les présomptions touchant la qualité d'une possession dont on ne connaît pas l'origine. C'est pourquoi la présomption de précarité de notre coutume peut cesser lorsque l'usage est centenaire, parce qu'une simple tolérance ne dure pas ordinairement si longtemps et qu'une possession aussi longue fait

tion que la nouvelle rédaction de la coutume de Paris de 1580 exclut en propres termes la prescription de cent ans.

1. Pothier, note sous l'article 225 de la *Coutume d'Orléans*. Cf. *De la Prescription*, n° 278, et Dunod de Charnage, 3^e partie, ch. VI.

présumer un titre qui s'est perdu par l'injure des temps. »

« Quelque puissantes que soient ces raisons, ajoute Pothier, on aurait peut-être aujourd'hui de la peine à réussir à établir une servitude par la seule possession centenaire parce que la nouvelle jurisprudence incline beaucoup à interpréter les autres coutumes par celle de Paris. »

Et voici qui tranche la question au moins pour le XVIII^e siècle (1).

C'est ainsi que Lalaure (2) dit qu'en s'attachant littéralement aux termes on pourrait soutenir que là où la prescription de cent ans est exclue nommément, on n'a pas voulu en interdire une plus longue. Avec l'expression « quelque temps que ce fût », au contraire toute possession est inutile fût-elle de mille ans.

Il faut ajouter aux coutumes d'Orléans et de Paris celle d'Auxerre où la possession de cent ans est exclue nommément, de Bayonne, de Calais, où l'on exclue la possession de cent ans, de Cambrai, de Clermont-en-Beauvoisis, de Dourdan, où la même prohibition est exprimée, de Lille, de Montargis, de Montfort-l'Amaury, de Péronne, de Tournay, de

1. Arrêt du Parlement de Paris du 13 mars 1755 auquel se rallie presque toute la doctrine ; en faveur de Pothier arrêt du 11 février 1658 qu'il cite et sur lequel il s'appuie.

2. *Op. cit.*, liv. III, ch. XII, p. 277.

Verdun. Toutes suivent la règle : « Nulle prescription sans titre. »

Il faut y joindre encore les coutumes de Limoges et de Sedan où l'on admet toutefois que le titre peut être remplacé par quelque équivalent.

« Le voisin ne peut acquérir droict de servitude sans titre, dit la Coutume de Sedan, par quelque temps qu'il en ait jouy et ne peut par longue jouissance quelle qu'elle soit acquérir prescription sans titre ou chose équipollente à titre (1). »

Quant à l'ancienneté de cette règle « nulle servitude sans titre » elle se trouve déjà dans le *Grand Coutumier* (2) et dans les *Coutumes notoires* (3) qui sont du ^{xiv}^e siècle, et l'on pourrait sans doute la faire remonter plus haut encore.

La raison que donne Pothier (4) pour fonder cette règle est, nous avons déjà pu nous en apercevoir, que la possession d'une servitude, du moins tant qu'elle n'est pas consolidée par un titre, est entachée de précarité : « Elles ne s'acquièrent pas, dit-il, sans titre par la seule possession, laquelle est censée, lorsqu'elle est destituée de titre, être plutôt une tolérance qu'une vraie possession ». De même dans

1. Bourdot de Richebourg. *Nouveau coutumier général de France*, t. II, p. 819.

2. *Grand Coutumier de France*, L. II, ch. XXXVIII.

3. *Coutumes notoires*, ch. VIII.

4. Introduction au titre XIII, a. 3.

son ouvrage sur la possession (1) il dit que la servitude de passage par un héritage ou quelque autre espèce de servitude exercée sans titre est présumée être une jouissance de simple tolérance insuffisante pour former la complainte.

Et voici qui suffit pour faire repousser l'acquisition des servitudes par prescription, puisque leur possession est présumée ne pas satisfaire à la règle qui veut qu'elle ne soit *nec vi, nec clam, nec præcario*. C'est donc une présomption légale pour ainsi dire et qui ne peut tomber que devant un titre.

Quoi qu'il en soit de la valeur de cette présomption, que nous aurons l'occasion d'examiner plus longuement à propos du Code, elle paraît être au moins autant une justification de la coutume, que la raison historique pour laquelle s'est établie la règle prohibitive.

Basnage dit encore que le droit naturel de la propriété c'est la liberté. « Tous les héritages d'après le droit naturel étaient libres, mais l'avarice ou l'ambition ont détruit la liberté et introduit l'esclavage sur les hommes et la servitude sur les biens. » Et Lalaure revient à chaque instant sur cette idée que la servitude ne se présume pas, que la liberté des héritages est le droit commun.

Voilà une raison bien philosophique d'admettre

1. Cité par Lalaure, *op. cit.* Préface.

la règle : « Nulle servitude sans titre » et nous y reconnaissons Rousseau.

2° *Coutumes qui admettent la règle « Nulle servitude sans titre » sauf une exception tirée de la contradiction.* — « La tolérance ou souffrance d'aucun qui a souffert autrui avoir vue, aigoust ou eschelage en son héritage, ne donne, ne fait acquerrir jouissance contre lui sans titre exprès, sinon qu'il l'eust voulue empêcher ou contredire et nonobstant son empêchement ou contradiction, celui qui avait eu auparavant les dictes veues aigousts ou eschelages en eust jouy et en ce cas il pourroit prescrire les dictes servitudes par longue espace de temps » dit la coutume de Meaux (1).

Cette coutume admet donc que les servitudes ne s'acquièrent pas par prescription, car « la tolérance ne fait acquerrir jouissance contre lui sans titre exprès ». C'est-à-dire que l'usage d'une servitude sans titre est supposé être exercé en vertu d'une simple tolérance, à titre précaire par conséquent, et ne saurait emporter une possession conduisant à la prescription.

Mais au cas où le propriétaire du fonds servant a voulu empêcher l'exercice de cette servitude, au cas

1. *Coutume de Meaux*, chap. XII, art. 75.

encore où il a contredit le droit qu'avait son voisin de l'exercer, si la servitude a subsisté quand même, il est impossible de dire que la tolérance est pour quelque chose dans la continuation de cette servitude, puisque le propriétaire du fonds servant a clairement manifesté ses intentions, et la prescription s'accomplit.

D'autres coutumes adoptent les prescriptions de la coutume de Meaux. Ce sont les coutumes de Bar. du Berry, du Bourbonnais, du Nivernois.

La durée de la prescription est pour ce cas fixée à trente ans, par la coutume ou la jurisprudence.

La coutume du Nivernois fait du reste une distinction, entre les terrains clos ou non clos. « *En place vuide de ville ou de champs*, aucun n'acquiert droit ou possession de servitude réelle, d'esgout, esvier, veüe, passage ou aultre semblable par quelque laps de temps que ce soit, s'il n'en a titre ou contradiction en laquelle il soit demeuré pendant trente ans paisiblement (1). »

3° *Coutumes qui admettent expressément la maxime « Nulle servitude sans titre pour certaines servitudes seulement »*. — « *Veues et agouts de maison par quelque temps qu'ils ayent été maintenuz ne portent doint de saisine (2) »*, dit la coutume

1. *Coutume du Nivernais*, chap. X, art. 2.

2. *Coutume du Lodunois*, chap. XXI, art. 1.

de Lodunois. « Droicture de servitudes de veües, égouts de maisons et aultres choses semblables... (1) », dit la coutume de Normandie et l'on retrouve des dispositions à peu près identiques dans les coutumes de Blois, de Chartres, de Dreux, d'Etampes, du Maine, de Melun, de Nantes, de Noyon, de Senlis, de Sens, de Touraine, de Troyes, du Valois.

Les commentateurs de ces coutumes ont remarqué que les servitudes nommées dans ces textes étaient des servitudes comme celles de vues et d'égouts qui sont des servitudes urbaines, et ils se sont demandés si l'on devait étendre aux servitudes rustiques cette prohibition de la prescription en ce qui est des servitudes urbaines. Certains ont soutenu que le fait de nommer expressément un certain groupe de servitudes comme ne s'acquérant pas par prescription, impliquait pour l'autre groupe celui des servitudes rustiques, la légitimité de la prescription acquiescive.

Mais ce raisonnement *a contrario* a été critiqué par la plupart des auteurs, et la jurisprudence a été d'accord avec ces derniers pour dire que le mutisme de la coutume sur un certain nombre de servitudes laissait celles-ci dans le domaine du droit commun. On s'en est référé à la Coutume de Paris. Et l'on a

1. Coutume de Normandie, art. 608.

étendu les dispositions touchant les servitudes de veue et d'égout à toutes les autres.

Ils ont en outre tiré argument dans le même sens des mots *et autres choses semblables* de la Coutume de Normandie, et de ce fait que les servitudes urbaines qui sont citées par elle sont aussi des servitudes continues. Et nous verrons que quand on distingue entre les continues et les discontinues, on se montre plus sévère pour les secondes que pour les premières.

4° *Coutumes suivant la maxime « nulle servitude sans titre » dans les villes et faubourgs seulement.* — Citons la Coutume de Rheims : « En la cité et ville de Rheims et ès faubourgs droicts de veues d'esgouts et aultres servitudes ne s'acquièrent par prescription... Et hors ladite cité et les faubourgs les droicts de servitude s'acquièrent par prescription. » Avec la Coutume de Rheims suivent cette règle celle d'Anjou et celles de Mantes et Meulan, de Courtray, de Gand.

Celles de Rheims et de Mantes et Meulan en outre font une distinction entre les servitudes continues et discontinues exigeant la contradiction pour les secondes.

5° *Coutumes admettant la maxime « nulle servitude sans titre », mais admettant que la possession immémoriale vaut titre.* — Nous avons déjà vu la controverse au sujet de la possession immémo-

riale. Nous retrouvons dans la Coutume de Douai : « Par ladicte coustume, prescription (sauf immémoriale) n'a lieu en matière de portement d'eauës et aultres servitudes (1). »

Citons encore les coutumes de Bruges, de Liège et de Metz évêché.

6° *Coutumes admettant la prescription des servitudes.*— Ce sont les coutumes d'Amiens, d'Auvergne, de Châlons, de Metz, de Ponthieu, de Saint-Omer, de Toul, de Valenciennes et du Vermandois.

Dans ce groupe on se montre très favorable à la prescription des servitudes. Le principe est que toutes servitudes s'acquièrent par possession de longue durée. Cependant les conditions à remplir pour atteindre ce résultat varient suivant les distinctions sur la nature du droit et les dispositions particulières de chaque coutume.

A Amiens, par exemple, notons que l'on distingue entre les servitudes celles qui sont latentes et patentes. Pour les premières une possession de trente ans sans titre suffit et même de dix à vingt ans s'il y a juste titre. Pour les servitudes occultes au contraire il est nécessaire d'accomplir une possession de quarante ans.

D'autres coutumes en assez grand nombre distin-

1. *Coutume de Douai*, ch. IX, a. 2.

guent encore suivant qu'il s'agit de servitudes continues et discontinues. La prescription des premières est plus favorisée que celle des autres.

La Coutume de Châlons (1) décide que les servitudes se prescrivent par le même temps que les autres immeubles.

7° *Coutumes qui admettent la prescription des servitudes avec des distinctions.* — En Bretagne on ne peut prescrire les servitudes dans les places vides et les terrains non clos, celui qui veut se clore en garde toujours le droit « nonobstant longue tenure d'y aller et venir et faire pâturer durant qu'elles étaient décloses » (2). Mais, sauf cette exception, les servitudes s'y acquéraient par quarante ans, pourvu que la possession n'en fut ni précaire, ni équivoque, ni clandestine.

A Epinal, en Lorraine, on raconte encore des distinctions.

8° *Coutumes muettes.* — Que décidait-on dans les coutumes où rien n'était décidé sur le point qui nous intéresse ? Fallait-il s'en référer au droit romain ainsi que l'enseignait Boucheul (3), par exemple fallait-il en recourir aux usages de la coutume la plus voisine, comme le prétend Louvet, fallait-il suivre la Coutume

1. *Coutume de Châlons*, a. 144.

2. *Coutume de Bretagne*, a. 393.

3. Sur l'art. 172 de la *Coutume de Poitou*, n° 180.

de Paris. De longues controverses enfin se sont engagées pour chaque coutume.

C'est la Coutume de Paris qui sert de règle en fait, chaque fois que l'on ne peut pas trouver dans la coutume régionale une raison de se décider autrement.

La règle serait donc dans toutes les coutumes muettes que nulle servitude ne peut s'acquérir par prescription. Cette allégation est justifiée par une sentence du présidial de La Rochelle qui dispose pour une servitude continue et apparente. Cette sentence est confirmée par un arrêt du Parlement de Paris du 6 février 1782, disant que la maxime nulle servitude sans titre forme le droit commun du royaume et est plus favorable à la liberté des héritages.

Notons cependant que certains auteurs partisans de ce système assurent que des actes énonciatifs d'une servitude visible accompagnée d'une jouissance paisible et immémoriale avaient le pouvoir de faire maintenir dans l'usage du droit.

Pour l'Angoumois on se contente d'un titre énonciatif et non constitutif, et de la prescription de trente ans.

L'Artois et le Boulonnais qui déclarent (1) que les droits incorporels se prescrivent par trente ans, voient les servitudes se prescrire de la même façon, car les servitudes jusqu'au xviii^e siècle continuent

1. *Coutume d'Artois*, a. 72.

à être regardées comme des droits incorporels. La Rochelle admet la prescription immémoriale des servitudes visibles. Elle n'exige un titre que pour les non apparentes.

Pour la Marche on suit la Coutume de Paris, sauf qu'après contradiction on admet que la servitude est prescrite par trente ans.

*
* *

A propos de la distinction entre les servitudes continues et discontinues on trouve dans Bertrand d'Argentré une excellente dissertation sous la Coutume de Bretagne.

L'origine de cette distinction paraît remonter à un texte de Paul (1) « Hoc ita verum est si in eum locum nihil ex cœlo aquæ veniat ; neque enim perpetuam causam habet quod manu fit ; at quod ex cœlo cadit, etsi non assidue fit, ex naturali tamen causa fit, et ideo perpetuo fieri existimatur. » C'est à cette loi que se réfèrent tous nos anciens auteurs pour fonder leur distinction. Mais il paraît bien certain que pour lui il ne s'agissait que de la nécessité d'une *causa perpetua* pour la constitution d'une servitude, nullement par conséquent de changer suivant que la cause des servitudes était ou non perpétuelle le mode de leur prescription.

1. D. VIII, 2, 4, 28.

Voici la définition que donne d'Argentré des servitudes continues ; « Continuas vero vocant quæ, etsi in principio acquisitionis factum hominis requirant ad formatronem sui, tamen cum sunt formatæ, successivos hominis actus non exigant, sed ipsæ per se rerum ipsarum notæ servitutes conservant. » (1)

Pour lui : « Servitutum prescriptiones perfici putent ex sola naturali possessioni, per eas notas quas diximus, citra ullam civilem possessionem id est citra animum cujusque possessoris realiter scilicet. » (2) « Pour d'Argentré les signes extérieurs de la servitude (notæ) en conservent la possession réelle ou naturelle, indépendamment des règles du droit romain qui exigent *l'animum* du possesseur, des actes répétés de sa part pour conserver la possession civile. » (3) En sorte que la prescription des servitudes continues est possible, elle résulte de la possession permanente et d'ailleurs naturelle des ouvrages faits pour son exercice.

Du reste : « Nec præscriptio procedit, nisi scientia et patientia adversarii probetur. » (4) La servitude doit être connue du propriétaire du fonds servant.

Quant aux servitudes discontinues, elles sont pour lui, et il se réfère au droit romain, imprescriptibles :

1. Coutume de Bretagne sous l'art. 271. V^o sans titre, n^o 8.

2. Eodem loco, n^o 10.

3. Commentaire de M. Planiol. *Droit civil*, t. I, p. 608.

4. Eodem loco, n^o 11.

« Alterum caput est de discontinuis, hoc est quæ facto hominis exercentur... Atque hæ jure civili **nullo** tempore acquiruntur, id est imprescriptibiles sunt, nisi quidem tempore immemorias quod vim tituli et constituti juris habet. » (1)

Dunod de Charnaye présente la même distinction. Pour lui les servitudes discontinues ne se peuvent prescrire, parce qu'elles sont latentes, c'est-à-dire non apparentes.

Cujas donne la même raison de l'imprescriptibilité des servitudes continues « *continuum possessionem non habent* ».

Et Ferrière (2) « on ne peut pas aller et venir sans cesse sur le fond d'autrui, sur lequel on a la servitude de chemin ».

Il faut enfin citer un texte latin à rapprocher des idées de nos anciens auteurs et qui est cité par eux à chaque instant :

« *Tales sunt servitutes prædiorum rusticorum ut non habeant certam continuamque possessionem ; nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur.* » (3)

1. *Eodem loco*, n° 12.

2. *Corps et compilation sur la Coutume de Paris*, art. 186, glose 1, n° 1.

3. Paul. D. VIII. 1. 414 pr.

Ces textes sont très clairs, ils se passent de commentaire. Nous avons déjà vu l'erreur d'interprétation qu'ils contiennent, quant à ce qu'il faut penser de la doctrine qu'ils exposent, nous aurons l'occasion avec le droit moderne d'exprimer là-dessus notre avis.

Notons enfin que la distinction entre les servitudes apparentes et non apparentes est confondue avec celle faite entre les servitudes continues et discontinues. On trouve dans les textes indifféremment les deux expressions l'une pour l'autre. Ce sont les mêmes servitudes qui sont désignées par ces doubles expressions. Nous avons déjà vu que Dunod de Charnaye, par exemple, se sert pour fonder l'imprescriptibilité des servitudes discontinues de ce qu'elles sont latentes.

Bernard d'Argentré après avoir admis la division en servitudes continues et discontinues et dit que les premières seules peuvent se prescrire, exige seulement que la possession de la servitude ait lieu au su au vu de l'adversaire « *nec prescriptio procedit nisi scientia et patientia adversarii probetur* ».

Mais les auteurs du XVIII^e siècle appellent indifféremment les servitudes continues ou visibles, discontinues ou latentes « parce qu'elles ne paraissent que quand on les exerce ».

Voici donc l'état de droit à la fin de l'ancien régime, voyons la réforme radicale qu'ont opérée les auteurs du Code.

DEUXIÈME PARTIE

LE CODE CIVIL

CHAPITRE PREMIER

QUELLES SERVITUDES SONT PRESCRIPTIBLES ?

1. Le Code. — 2. Les servitudes apparentes et non-apparentes. — 3. Les servitudes continues et discontinues. — 4. Le système de la jurisprudence.

I

Les articles du Code qui se rapportent à l'acquisition des servitudes par prescription sont les articles 690 et 691, que nous reproduisons.

Art. 690. — Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre ou par la possession de trente ans.

Art. 691. — Les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes ne peuvent s'établir que par titres. La possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir, sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà acquises par la possession dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière.

Le système du Code est donc des plus simples : seules s'acquièrent par prescription les servitudes qui sont à la fois apparentes et continues.

A toutes les autres servitudes, celles qui sont continues et non apparentes, celles qui sont apparentes et discontinues, celles enfin qui sont non apparentes et discontinues, on applique la sévère maxime des pays coutumiers : « Nulle servitude sans titre » et, nous le verrons, avec plus de rigueur encore.

II

Examinons tout d'abord la condition d'apparence, et voyons ce qu'il faut entendre par là d'une manière précise. La loi donne une définition de l'apparence qui semble à première vue des plus explicites. *Les servitudes sont apparentes ou non apparentes, dit l'article 689. Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc. Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme, par exemple, la prohibition de bâtir sur un fonds, ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée.* Dans ce texte, non content de définir l'apparence, le législateur définit encore la non-apparence. Seulement, tandis que dans la première partie du texte, il parle d'ouvrages exté-

rieurs, dans la seconde partie il emploie l'expression de signes extérieurs.

La différence entre les deux expressions laisse une certaine latitude pour des servitudes dont on peut se demander si elles sont apparentes ou non apparentes.

Les charrettes en passant ont laissé dans le sol des ornières dont la trace est demeurée, voilà un signe extérieur qui fait que la servitude de passage semble d'après le Code ne pas devoir être non apparente. Toujours d'après le Code, elle ne semble pas non plus devoir être apparente car la trace des roues n'est pas un ouvrage extérieur.

Comment solutionner la question ?

La plupart des interprètes (1) pensent que le signe extérieur doit suffire et que telle a été sur ce point la pensée des rédacteurs de notre Code. Cela favorise, disent-ils, l'interprétation la plus large de la loi. Le législateur emploie du reste encore dans l'article 694 cette expression de signe extérieur, en visant évidemment les servitudes apparentes : *Si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe un signe apparent de servitude*, dit-il. Ce qu'on a voulu, ajoutent enfin ces interprètes, c'est éviter les surprises au propriétaire du fonds servant. Or ce dernier peut

1. Demolombe. *Traité des servitudes*, t. II, n. 714, p. 214. — Aubry et Rau, III, § 248, p. 68, note 10. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau. *Des biens*, n° 1090, p. 791.

être suffisamment averti par l'existence des signes extérieurs, il n'est donc pas nécessaire qu'il y ait des travaux faits de main d'homme.

Laurent (1) cependant préfère s'arrêter à une interprétation restrictive. L'article 689, dit-il, définit à la fois les servitudes apparentes et non apparentes. Si ces deux définitions ne coïncident pas, il semble bien que pour trancher la difficulté on doive se reporter à la partie du texte où le législateur a entendu définir la servitude apparente.

La seconde partie est purement explicative et n'est ajoutée qu'à titre d'indication pour compléter la pensée du législateur, non pour lui donner un autre sens.

De plus le texte cite des exemples ; il n'y en a pas un seul qui ne soit un ouvrage établi de main d'homme. Personne ne voudrait en effet soutenir que les portes, les fenêtres ou les aquedues ne sont pas des travaux extérieurs.

Même s'il y avait doute il faudrait encore s'en tenir à cette interprétation restrictive, car il est certain que le législateur a voulu avant tout éviter les surprises et qu'il a exigé de la part de celui qui va prescrire des intentions manifestes et non douteuses. Pourquoi dès lors laisser libre jeu à la prescription dans une hypothèse où notre loi ne voulait peut-être pas la permettre ?

1. Laurent, t. VIII, n° 135, p. 167.

Quoi qu'il en soit de la valeur de ces deux interprétations, c'est la première qui paraît l'emporter elle a pour elle l'autorité d'un arrêt de Cassation (1).

Nous avons désormais dégagé la notion légale de l'apparence : est apparente la servitude dont l'existence se manifeste à nous par des signes extérieurs. Un point reste à préciser : pourquoi le législateur exige-t-il cette qualité ?

C'est évidemment par une confusion entre la publicité de la possession et l'apparence de la servitude. Si les servitudes non apparentes ne peuvent pas s'acquérir par prescription, « cela est tout simple, dit Demolombe (2), car elles ne sont pas publiques c'est-à-dire qu'elles manquent de l'une des conditions les plus essentielles de la possession à l'effet d'acquérir. »

Laurent qui de même a parfaitement évité de confondre la continuité de la possession avec la continuité des servitudes a au contraire confondu le défaut de publicité dans la possession avec le défaut d'apparence dans la servitude.

C'est bien d'une confusion qu'ils s'agit aussi bien dans la pensée de ces commentateurs que dans celle des rédacteurs du Code puisqu'on peut considérer comme non apparentes des servitudes comme celle de pui-

1. Cass., 8 octobre 1854. P. 54.1.765.

2. *Loc. cit.*

sage, de pacage, alors que les actes de possession par lesquels s'exercent de pareilles servitudes sont parfaitement visibles extérieurement et s'accomplissent au grand jour. On ne suppose pas que celui qui prétend avoir une pareille servitude se relève la nuit pour aller tirer de l'eau ou pour mener ses bestiaux à la pâture ou à l'abreuvoir. S'il s'agissait pour lui d'acquérir la propriété du réservoir, du four ou du terrain, sa possession serait réputée publique ; on la traite comme non apparente s'il s'agit d'une simple servitude à moins qu'il n'ait fait des travaux spéciaux pour l'exercer.

Voyons maintenant quelles servitudes sont apparentes et quelles servitudes ne le sont pas.

Il n'existe pas de servitudes qui, de leur nature, soient nécessairement apparentes. Certaines, comme celles de vue ou d'aqueduc seront le plus souvent manifestées par des signes extérieurs et par suite seront apparentes. Pourtant il n'est pas impossible qu'elles soient occultes. On dit communément, en effet, que si la continuité est de la nature de la servitude, l'apparence au contraire n'en est qu'un caractère variable et accidentel.

Notons cependant qu'il y a des servitudes qui sont occultes de leur nature et qui ne peuvent être rendues apparentes.

Ce sont les servitudes négatives, celles *quæ in prohibendo consistunt*, la servitude *non ædificandi* par

exemple. Le maître du fonds servant n'a dans ce cas qu'à s'abstenir d'élever des constructions : rien ne révèle en fait l'existence de la servitude. Il n'y a pas de moyen de distinguer un fonds libre d'un autre fonds grevé d'une semblable charge.

Pour une servitude active au contraire, comme la servitude d'aqueduc, si la conduite d'eau se trouve à la surface du sol, si les tuyaux sont visibles, l'apparence existe. Si à l'inverse les tuyaux sont souterrains et cachés la servitude est occulte.

Un premier point a donné lieu à de nombreuses hésitations qui ont été tranchées par une assez grande quantité d'arrêts de jurisprudence.

En quoi consistent les ouvrages susceptibles de rendre les servitudes apparentes aux termes de l'article 689 ? Et pour chaque servitude, quels travaux ou quels signes apparents sont nécessaires ?

Nous laissons de côté ce qui concerne la servitude de prise d'eau que nous aurons l'occasion d'étudier tout à l'heure.

Pour la servitude d'égout comme pour toutes les servitudes, des travaux de très minime importance suffisent à la rendre apparente. Il suffit par exemple qu'une saillie apparente du toit soit inclinée vers le fonds qui doit recevoir les eaux pluviales (1).

Pour la servitude de vue il y a eu de nombreux

1. Pau, 21 mars 1888. D. 89 2.103.

débats. Il s'agit dans ces débats de la servitude de vue proprement dite, non de la servitude de jour ou de celle de prospect. Elle est établie le plus souvent au profit d'un bâtiment et manifestée par des fenêtres ou des balcons (1).

Cependant des portes munies de verres à leur partie supérieure suffiraient encore pour donner à la servitude dont il s'agit le caractère d'apparence.

C'est seulement une question controversée que de savoir si une porte pleine ouverte de temps à autre pour donner de l'air aurait les mêmes effets. La Cour de cassation a adopté cette manière de voir (2).

Une terrasse, une plate-forme attenantes à une maison d'habitation seraient également un droit de vue apparent. Mais on se demande s'il en serait de même d'un exhaussement du terrain indépendant de tout édifice.

La doctrine est hésitante sur cette question. Demolombe, dans son *Traité des services fonciers*, semble exiger pour qu'il y ait une servitude de vue apparente et par suite prescriptible qu'elle soit l'accessoire d'une construction (3). C'est ainsi que, selon lui, une petite éminence faite au milieu d'un champ avec de la terre rapportée, même à perpétuelle

1. Cass., 19 octobre 1886. D. 87.1.116.

2. Cass., 18 décembre 1894. D. 95.1.365.

3. *Op. cit.*, t. II, n^{os} 572, et s. p. 52 et s.

demeure ne constituerait point une servitude de vue apparente si elle était indépendante de toute construction, et si de ce monticule on ne pouvait pas voir sans être vu.

Sans doute, si les deux fonds sont naturellement de hauteur inégale et s'il n'y a eu aucun travail de nature à aggraver la situation du fonds le moins élevé, il ne peut être question de servitude de vue (1). Seulement, chaque fois qu'il résultera d'un travail fait de main d'homme que le voisin peut désormais voir là où il ne voyait pas avant ou d'une façon plus commode ou plus complète et chaque fois aussi que ces travaux seront permanents, la jurisprudence admet qu'ils suffisent à rendre une servitude de vue apparente, qu'il y ait ou non des constructions (2).

De plus, il est nécessaire que les travaux destinés à rendre la servitude apparente soient fixes et qu'ils soient établis à perpétuelle demeure (3).

Laurent exige encore que les travaux aient été établis par le propriétaire du fonds dominant. Lui seul, dit-il (4), a qualité pour agir au nom et dans l'intérêt de ce fonds. Mais quel texte justifie cette

1. Cass., 1^{er} août 1894. D. 95. 1. 34.

2. Cass., 28 décembre 1863. S. 64. 1. 123. — Cass., 26 octobre 1898. S. 98. 1. 485.

3. Cass., 5 juillet 1893. D. 93. 1. 595.

4. Laurent, t. VIII, n^o 204, p. 247.

interprétation restrictive ? Est-ce que la possession ne s'exerce pas par quiconque ? Faut-il du moins ne faire courir le délai de la prescription que du jour où le propriétaire du fonds dominant a eu connaissance des travaux. La plupart des auteurs n'admettent même pas ce retard dans le point de départ du délai (1) et la jurisprudence est venue consacrer cette manière de voir (2).

Mais une autre question se présente pour la servitude de prise d'eau. Sur quel fonds doivent être exécutés les travaux menant à l'acquisition par prescription de la servitude ?

Le Code disait dans l'ancien article 642 que la prescription pouvait s'accomplir « *par une jouissance non interrompue pendant l'espace de trente années à compter du moment où le propriétaire du fonds inférieur a fait et terminé des ouvrages apparents destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans sa propriété.* »

Une longue controverse s'était emparée de cet article. La loi du 8 avril 1898 est venue y mettre fin.

1. Duranton, t. V, p. 601. — Demolombe. *Traité des serv.*, t. II, p. 259. — Aubry et Rau, t. III, p. 80. — Huc, t. II, tit. II, ch. III.

2. Cass., 14 juin 1852. Canal du Midi. — J. du P. 1855, t. II, p. 526. — Cass., 13 juillet 1885. D. 86. I. 316. — Cass., 15 juin 1881. D. 83. I. 259.

Nous résumerons cependant les deux opinions qui se trouvaient en présence.

Une première interprétation affirmait que pour acquérir le droit de prise d'eau à une source il n'était pas nécessaire de faire des travaux sur le fonds supérieur (1).

Le principal argument invoqué par ces auteurs était très net et reposait sur l'étude des travaux préparatoires : le texte primitif demandait des ouvrages extérieurs (2). C'était l'expression conforme à celle qu'emploie l'article 689 pour définir les servitudes apparentes. Sur la demande de la section de législation du Tribunat on remplaça cette expression par celle de travaux apparents, dans la crainte qu'on n'entendit la première dans le sens de extérieurs au fonds, faits sur le fonds voisin. L'intention du législateur est donc absolument certaine.

La deuxième opinion a eu son principal interprète dans Demolombe (3). Pour lui cette doctrine est contraire aux principes. En établissant des travaux sur sa propriété le maître de l'héritage inférieur n'usurpe rien. Il ne fait qu'user de son droit. Pour

1. Toullier, t. III, n° 635, p. 294. — Aubry et Rau, t. III, § 244, p. 37 et note 17. — Delvincourt, t. I, p. 238. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n° 834, p. 542.

2. Fenet, t. XI, p. 270.

3. Demolombe. *Traité des Servitudes*, t. I, n° 72, p. 99. — Duranton, t. V, n° 181, p. 171 et suiv.

usucaper il faut empiéter sur le droit du voisin.

M. Chauveau (1) dans une note sous un arrêt de Cassation répond en s'efforçant de démontrer le contraire.

Si l'on admet que les ouvrages exécutés sur le fonds inférieur ont pour but d'utiliser, d'aménager l'eau qui vient du fonds supérieur il n'y a point là, dit-il, l'empiètement susceptible de conduire à la possession.

Mais il en doit être autrement si les travaux facilitent la chute. Et de tels ouvrages ne sont pas impossibles à supposer. Pour obtenir les eaux chez lui, le propriétaire du fonds où jaillit la source sera obligé de faire des travaux souvent considérables. Il y a là une véritable usurpation rendant la prescription possible.

On ajoutait encore qu'exiger des travaux sur le fonds dominant était rendre la prescription trop rare. Quel propriétaire laisserait bâtir sur son terrain?

Mais les partisans de la seconde opinion tenaient en revanche que ce serait rendre trop facile la prescription que de ne pas leur donner raison, qu'il serait souvent très difficile, voire impossible, au maître du fonds supérieur de l'empêcher, qu'elle pourrait s'accomplir malgré lui. Remédier aux travaux

1. Cass., 15 juillet 1894. P. F. 94. 1. 50.

par d'autres travaux pouvait être coûteux. Attaquer en justice le propriétaire de l'héritage inférieur, ce dernier n'avait fait qu'user de son droit.

De plus avec la première doctrine il y aura rarement une possession suffisamment publique pour conduire à la propriété, outre que de semblables travaux seront très rarement de nature à faciliter la chute de l'eau. Demante le dit lui-même, qui n'est pas de l'avis de Demolombe (1).

C'est à ce dernier auteur que donnait raison la jurisprudence (2).

C'est également en ce sens que la loi de 1898 a tranché la question, mais après une discussion où l'on faillit adopter une décision contraire. Le rapporteur (3), tout en constatant que la Cour de cassation a sainement interprété la loi, pense qu'il serait bon, dans l'intérêt surtout industriel, et pour accorder la protection de la loi surtout aux usiniers, de déclarer suffisants les travaux établis sur le fonds inférieur.

Le texte actuel exige « *des travaux apparents sur le fonds où jaillit la source* ».

1. Demante, t. II, n° 493 *bis*, I, p. 575.

2. Cass., 16 juillet 1857. D. 57. 2. 182. — Cass., 14 mars 1865. D. 86. 1. 34. — Cass., 5 juillet 1893, D. 93. 1. 595.

3. *Lois nouvelles*, 15 octobre. 19 septembre 1898, p. 487 et ss.

III

L'article 688 du Code civil nous dit : « *Les servitudes continues sont celles dont l'usage est ou peut être continuels sans avoir besoin du fait actuel de l'homme ; les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées.* »

Voilà un critérium qui paraît très simple : « La servitude continue, dit Demolombe (1), s'exerce pour ainsi dire d'elle-même et toute seule sans aucun fait de l'homme et pendant son sommeil. »

Il s'agit bien entendu du fait actuel de l'homme, non du fait de l'homme en général. Par exemple, la servitude d'aqueduc est établie de main d'homme. Il se peut même qu'on ne l'utilise que par intervalles. La main de l'homme interviendra pour lever ou abaisser une vanne, c'est cependant une servitude continue. Pendant la période de temps où elle s'exerce l'eau s'écoule d'elle-même, le fait de l'homme n'est plus d'aucune utilité. Ces servitudes en un mot consistent en un état de fait.

Pourquoi les auteurs du Code ont-ils exigé cette condition de continuité pour conduire à la prescription d'une servitude. Cela vient ici encore d'une con-

1. Demolombe, *op., cit.*, t. II, n° 707, p. 207.

fusion classique entre les caractères de la servitude et ceux de la possession. Il leur semblait qu'il ne pouvait y avoir une possession continue d'une servitude discontinue.

Et ils n'étaient pas les premiers à faire cette confusion. Le fameux texte de Paul (1) que nous avons eu déjà occasion d'étudier en droit romain décide que la servitude de passage ne peut se prescrire : « Nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur. » L'ancien droit, nous l'avons vu, Cujas et Ferrière, suivaient la même opinion. De plus, au moment de la rédaction du Code civil, les Romanistes soutenaient qu'à Rome la distinction en servitudes continues et discontinues étaient confondue avec celle en servitudes urbaines et rurales.

Les premiers interprètes du Code civil adoptaient du reste cette manière de voir. « Il est essentiel, disait Pardessus (2), que la possession soit continue pour produire la prescription ; il est donc nécessaire qu'il s'agisse de servitudes ayant ce caractère. »

Mais cette explication parut vite insuffisante. On appuya surtout sur une autre raison qui paraît avoir inquiété les rédacteurs du Code. « Les rédacteurs du Code, dit Toullier (3), ont considéré les actes qui

1. L. 14. pr. D. VIII, 1.

2. Pardessus. *Traité des servitudes*, t. II, p. 83.

3. Toullier, t. III, n° 621, p. 286.

annoncent une servitude discontinue comme de simple tolérance.

Cette théorie est presque universellement admise (1). De l'exercice d'une servitude discontinue ne résulte pas un empiétement suffisant pour éveiller l'attention du propriétaire. De pareils faits sont le plus souvent le résultat de la tolérance, de la familiarité, des rapports de bon voisinage.

A contrario on tire argument de ce passage du discours de Berlier (2). « Des actes journaliers et patents exercés pendant si longtemps sans aucune réclamation ont un caractère propre à faire présumer le consentement du propriétaire voisin. » Et plus loin . « On ne peut légalement présumer que le propriétaire voisin ait eu une suffisante connaissance d'actes souvent fort équivoques, et dont la preuve est dès lors inadmissible. »

Et Demolombe (3) : « Il n'y a pas là cette double condition toujours nécessaire dans la possession à l'effet d'acquérir, d'une part, la volonté dans celui qui l'exerce, d'acquérir un droit, d'autre part, dans celui du fonds sur lequel elle est exercée, l'abandon

1. Bellime. *De la possession*, n° 256. — Demolombe. *Traité des servitudes*, t. II, n° 786, p. 278. — Machelard. *Examen critique des distinctions*, p. 77. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau. *Des biens*, n° 1108, p. 806.

2. Fenet. *Travaux préparatoires*, XI, n°s 690 et 691.

3. Demolombe, *op. cit.*, t. II, n° 286, p. 280.

de son propre droit et le consentement à l'établissement de la servitude. »

Examinons donc quelles servitudes sont continues. Trouver les cas de servitude continue et de servitude discontinue ne semble devoir soulever aucune difficulté. En effet, tandis que l'apparence est un caractère variable et accidentel de la servitude, une même servitude pouvant, suivant les cas, être tantôt apparente et tantôt non apparente, la continuité s'attache à des genres particuliers de servitude. Une servitude ne doit pas, suivant les cas, être continue ou discontinue. La continuité est de la nature même du droit.

Cependant la jurisprudence n'a pas tenu un compte absolu de ce principe. C'est ainsi que la servitude de vue qui est continue, l'article 688 le dit formellement, a été considérée par la Cour de cassation (1) comme pouvant être discontinue dans le cas où elle se manifeste par une porte pleine ouverte de temps à autre.

A ce propos il faut citer l'opinion de Machelard (2) « Personne ne songera à nous contredire quand nous énonçons cette proposition que voir est un fait de l'homme tout aussi bien que passer et puiser de l'eau. Ainsi, est-ce de bonne foi que nous déclara-

1. Cass., 18 décembre 1894. D. 95. I. 365.

2. Machelard. *Examen critique des distinctions admises*, n° 115, p. 93.

rons n'avoir jamais pu comprendre comment la servitude de vue était continue en ce sens qu'elle était indépendante du fait de l'homme. »

A ceci l'on a répondu que ce qui constituait la continuité de la servitude, c'est qu'elle s'exerçait non point par la vue, mais par la menace perpétuelle de la fenêtre prête à laisser passer les regards.

La servitude de passage pourrait donc en ce sens être continue lorsqu'elle est manifestée par une voie tracée et empierrée toujours prête à laisser passer les charrettes. A vouloir trop serrer les définitions elles éclatent.

La servitude de prise d'eau munie d'une vanne est-elle continue ou discontinue ? La jurisprudence et les auteurs sont unanimes à la considérer comme continue.

Peu importe le nombre des actes de jouissance. La servitude d'écoulement des eaux à la suite de la pêche d'un étang est considérée comme continue (1).

Nombre d'auteurs ont voulu voir dans la servitude d'évier une servitude continue (2). Elle est gênante et ne saurait être le fait de la tolérance. Une fois l'eau versée elle s'exerce sans le fait actuel de

1. Cass., 18 juin 1851. S. 51. 1. 513.

2. Demolombe, *op. cit.*, t. II, n° 712, p. 210.

l'homme. Comme la fenêtre l'évier est une menace perpétuelle. Dans l'article 688 le mot égout peut désigner cette servitude d'écoulement des eaux ménagères. La jurisprudence veut que cette servitude soit discontinue (1).

De même sont discontinues les servitudes d'abreuvement et de lavage (2) quand bien même on aurait établi un lavoir en maçonnerie.

On discute cependant sur la servitude d'abreuvement, les animaux, dit-on, pouvant aller s'abreuver eux-mêmes. De même dans la servitude de pacage, le fait de l'homme n'étant pas forcément nécessaire si les animaux séjournent nuit et jour dans un champ clos. « Le fait du pacage n'exige pas forcément la présence d'un berger (3)... La nécessité de mener et ramener le bétail ne suffit pas pour rendre la servitude discontinue, le fait de l'homme ne se produisant que momentanément, avant et après l'exercice de la servitude ». L'article 688 cite expressément la servitude de pacage parmi les servitudes discontinues et la jurisprudence ne fait point difficulté à le suivre.

1. Cass., 17 février 1875. S. 77. 1. 74.

2. Cass., 14 février 1872. S. 72. 1. 31. — Cass., 4 décembre 1888.

3. Machelard. *Examen des distinctions admises*, n° 119, p. 97.

IV

Il nous importe maintenant d'étudier une fort intéressante jurisprudence qui tend à annuler dans la pratique la prescription de la loi qui veut que seules se prescrivent les servitudes continues.

S'il est impossible de prescrire une servitude discontinue d'après l'article 691 il est du moins permis de prescrire la copropriété du terrain sur lequel elle s'exerce. Citons les arrêts de Cassation du 8 janvier 1835 (1), du 29 novembre 1841 (2), du 1^{er} juin 1848 (3) et du 7 février 1883 (4).

Voyons l'espèce soumise à la Cour de cassation le 8 janvier 1835. Il s'agissait d'une lande sur laquelle depuis un temps très long un particulier menait paître ses troupeaux. Il avait également l'habitude d'y couper des ajoncs. C'étaient des actes qu'aurait accomplis le possesseur d'une servitude de pâture. L'article 691 interdisait la prescription d'une telle servitude. Aussi lorsqu'on voulut mettre fin à sa jouissance le particulier prétendit qu'il n'agissait point *jure servitutis*, mais bien comme copropriétaire du fonds. La Cour de cassation a admis sa préten-

1. S. 35. 1. 538.

2. S. 42. 1. 191.

3. S. 48. 1. 569.

4. S. 84. 1. 320.

tion. Il semble bien qu'à appliquer strictement la loi elle aurait dû l'écarter. Sans doute il s'agissait d'un terrain vraisemblablement nonsusceptible d'un autre mode de jouissance et la Cour a pu se retrancher derrière une question de fait particulièrement difficile à éclaircir, mais il n'aurait certes pas été difficile de trouver dans l'examen attentif des faits de la cause des actes qui relevaient d'une jouissance de possesseur d'une servitude et non de possesseur d'un droit de copropriété.

C'est ce que lui ont reproché un très grand nombre d'auteurs (1), parmi lesquels MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau qui expliquent la facilité avec laquelle les tribunaux ont admis qu'il s'agissait d'un droit de copropriété par cette prohibition de l'article 691 qui a « acculé les juges dans une impasse, qui les a conduits à admettre contre toute vraisemblance la prescription de la propriété du terrain affecté à la servitude ».

Tantum præscriptum, quantum possessum, voici la règle violée en l'espèce et nous allons le voir bien davantage encore dans l'arrêt du 22 novembre 1841.

Une commune prétend à la copropriété d'une prairie, alléguant qu'elle a l'habitude d'en faire pâturer par qui bon lui semble les secondes herbes. Etait-ce bien là une jouissance susceptible de mener à la pro-

1. Machelard, *op. cit.*, n. 113, p. 90 et s.

priété. Les secondes herbes pouvaient n'être d'aucune importance. Mener ses troupeaux sur un pré dont la récolte est enlevée constitue l'usage d'un droit de servitude, servitude de pacage, et non celui d'un copropriétaire qui se contenterait alors d'un usage modeste.

Le seul tort de cette jurisprudence n'est pas de violer la loi. Loin de protéger le fonds servant, elle le met dans une situation aggravée par rapport à celle qu'il aurait eue si même la loi ne l'avait pas protégée. Il aurait vu conquérir sur lui une servitude, il se voit déposséder.

Les suites funestes de cette demi-dépossession sont nombreuses et on ne s'est pas fait faute de les signaler.

On a dit que tandis qu'on peut perdre une servitude par le non-usage il n'en est pas de même d'un droit de copropriété. Mais, ce qui reviendra à le perdre, le propriétaire primitif pourra prescrire la pleine propriété.

S'il s'agit d'un droit de servitude le maître du fonds asservi pourra se faire autoriser à en déplacer l'assiette, il pourra accomplir certains travaux qui, ne nuisant point au maître du fonds dominant, rendent cependant cette charge moins lourde pour celui qui doit la servitude.

La prohibition d'aggraver les servitudes discontinues n'aura pas non plus d'effet. Celui qui exercera

un droit de passage par exemple à titre de copropriétaire du chemin affecté au passage pourra passer quand et comme il lui plaira pourvu qu'il répare le chemin.

L'ancien propriétaire ne pourra plus concéder de droits à lui seul sur le chemin dont on a prescrit la copropriété. « Qui a compagnon a maître. »

Avec tous ces défauts notons que cette jurisprudence est très difficile à critiquer, toute la discussion devant reposer sur une question de fait, a-t-on agi en copropriétaire, a-t-on agi en maître d'une servitude ?

Il faut croire que malgré toutes ces faiblesses le système admis présente encore des avantages sur celui de la loi puisque c'est la pratique qui l'a jugé préférable.

En fait c'est surtout jusqu'ici à l'imprescriptibilité des servitudes de passage qu'on a remédié (1).

On a jugé trop rigoureux d'appliquer la loi à certains possesseurs de droits de passage. Souvent l'origine de ces droits est très ancienne. Elle se trouve même souvent être inconnue. En sorte que celui dont les auteurs à l'origine avaient un titre se trouve incapable de le représenter.

Donc il devient propriétaire du terrain utilisé par lui comme allée ou comme sentier. Il suffit pour cela

1. Cass., 7 février 1883. S. 84. 1. 320.

qu'il ait exécuté quelques travaux sur ce sentier et cette allée qui permettent de l'en déclarer propriétaire. Souvent les tribunaux n'ont même pas cette exigence.

Mais c'est à toutes les servitudes discontinues qu'est susceptible de s'appliquer cette jurisprudence. On deviendra suivant les cas copropriétaire du fonds sur lequel s'exerce la servitude, ou propriétaire d'une partie de ce fonds. On prescrira le lavoir, le four, l'abreuvoir, le puits dont on s'est servi.

Mais il y a plus et avec cette doctrine l'apparence devient également superflue. Les exemples que nous avons étudiés nous permettent de le démontrer. La servitude de pacage dont il s'agissait est une servitude à la fois non apparente et discontinue. En quoi est-il besoin de rendre apparents les faits de pacage pour prescrire la copropriété du sol ?

Une seule classe de servitude échappe à cette manière de voir. Ce sont les servitudes négatives, servitude de ne pas bâtir par exemple. Ici l'on empêche le voisin de faire, l'on n'agit pas, donc on ne peut prescrire ni propriété ni copropriété.

Que reste-t-il du système de la loi ? La modération que la jurisprudence apporte à le transgresser.

CHAPITRE II

DU TEMPS REQUIS POUR PRESCRIRE

1. La prescription de dix à vingt ans s'applique-t-elle?
- 2. Aux servitudes continues et apparentes. 3. Aux autres servitudes. — 4. La suspension de la prescription.

I

Il est évident que l'article 690 est très précis et très catégorique, il exige un délai de trente ans lequel court à partir du moment où une servitude continue et apparente est exercée d'une façon conforme aux désirs du législateur.

Nous ne nous étendrons pas sur les quelques points délicats qui peuvent se présenter dans la pratique au sujet du point de départ du délai. Le principe qui solutionne ces questions est que le point de départ du délai est le jour où les intentions de l'auteur des empiètements a été manifeste. Ainsi si des arbres ont été plantés à une distance prohibée dans une haie, la prescription ne courra que du jour où les arbres auront dépassé la hauteur de cette haie.

Mais ce qu'il faut se demander, ce que la plupart des auteurs se sont demandé, c'est à savoir quel est le champ d'application de l'article 690. Vise-t-il la totalité des hypothèses, ou n'en prévoit-

il que deux. Celle où il y a un titre valable et où la servitude est constituée par l'accord des parties et celle où il n'y a pas de titre auquel cas la prescription trentenaire est déclarée par lui suffisante pour la constitution du droit.

Il reste un troisième cas possible, c'est lorsqu'il y a à l'origine de la possession un titre, mais un titre émané « a non domino ». Les principes ordinaires de la prescription rendraient ce titre impuissant à constituer à lui seul la propriété. Mais il conduirait à la prescription s'il était accompagné de bonne foi dans un délai qui varie de dix à vingt ans.

Ce délai est-il applicable aux servitudes. La question se pose aussi bien pour les servitudes continues et apparentes que pour les autres. Nous étudierons la question successivement pour chacune des deux catégories créées par le Code.

II

Les servitudes continues et apparentes peuvent-elles s'acquérir par dix à vingt ans quand elles sont possédées avec juste titre et bonne foi.

Un petit nombre d'auteurs se sont montrés partisans de l'affirmative (1).

1. Troplong. *Prescription*, II, 856, p. 429. — Duranton, V, n° 593, p. 603. — Delvincourt, t. I, n. 5, p. 164, p. 571. — Vazeille.

Ils disent pour justifier leur opinion : Les servitudes sont des immeubles par l'objet auquel elles s'appliquent, ce sont là les termes mêmes de l'article 526. Or, l'article 2265 dit que celui qui acquiert un immeuble avec juste titre et bonne foi en prescrit la propriété par dix à vingt ans. Donc celui qui acquiert une servitude réelle continue et apparente dont l'article 690 permet la prescription, doit également s'il a juste titre et bonne foi en devenir propriétaire par dix à vingt ans.

Ce syllogisme se fortifie de l'exemple de l'usufruit, immeuble par l'objet auquel il s'applique comme les servitudes pour lequel on admet la prescription de dix à vingt ans.

Appliquer la solution contraire paraît à ces auteurs changer une formule purement énonciative en une disposition limitative le texte de l'article 690, c'est y transporter la formule restrictive de l'article 691.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 10 décembre 1814, dit que l'article 2.264 prohibe l'application en notre matière de l'article 2.265 pour ce motif, que la prescription des servitudes est régie par des textes spéciaux dont il faut seul tenir compte.

Mais, répondent nos auteurs, on arrive ainsi à des conséquences inacceptables que n'a pu vouloir le législateur. L'honnête homme et le spoliateur seront traités de la même façon. Le but de l'article 2.265 est de favoriser la bonne foi des acquéreurs, d'abrég-

ger l'incertitude du droit acquis, de le consolider à plus bref délai. Tout ceci n'est en rien contraire au principe de l'article 690. Le possesseur avec juste titre se croyant à bon droit légitime propriétaire de la servitude, a pu faire sur le fonds des travaux coûteux, établir par exemple un aqueduc ; il ne faut pas l'exposer si longtemps à se voir évincer. Le délai de l'article 2.265 suffira bien au propriétaire du fonds servant pour se rendre compte de l'usurpation inconsciemment commise par le possesseur de bonne foi.

Quant au recours contre le vendeur, on sait assez combien il est illusoire. Pour s'en rendre compte, il suffit d'interroger la pratique.

Cette interprétation se fortifie encore de considérations historiques. Même sous l'empire des coutumes où régnait la maxime « nulle servitude sans titre », on admettait cette prescription de courte durée. Or, le Code admet la prescription de trente ans dans un cas où ces coutumes la rejetaient. Donc, il est invraisemblable que dans le même cas il ait rejeté une prescription qu'elles étaient forcées d'admettre parce que plus justifiable encore (1).

Il semble bien que la logique de ces auteurs ait

1. Voir encore sur le droit commun applicable par suite du silence du Code en matière de combinaison du titre et de la prescription, les considérants d'un arrêt de Cassation du 6 juillet 1849.

raison. Les auteurs du Code n'ont vraisemblablement pas prévu la question. Pour s'en convaincre, il suffit de se reporter au discours du tribun Albisson (1) : « On a pensé qu'une possession de trente ans, étant suffisante pour faire acquérir une maison ou un fonds de terre, il n'y a pas de raison pour la regarder comme insuffisante pour acquérir sur cette maison où sur ce fonds un droit de servitude. » — « Les auteurs de la loi ont supposé, dit M. Planiol (2), que le fonds servant était possédé par son véritable propriétaire et ils se sont demandés seulement si l'on continuerait à exiger rigoureusement un titre du voisin qui prétendrait exercer une servitude. L'hypothèse complexe d'une servitude constituée par un possesseur du fonds servant ne paraît pas être entrée dans leurs prévisions. » Il rapproche de cet article l'article 642 où la loi dit pour un cas particulier de prescription de servitude que « la prescription ne peut s'acquérir que par une jouissance non interrompue, pendant l'espace de trente années... » et où il est visible « qu'elle s'est préoccupée uniquement d'une usurpation commise par un voisin agissant sans titre. »

En sorte qu'en écrivant l'article 690, les auteurs du Code ont voulu simplement condamner la solu-

1. Fenet, t. XI, p. 326.

2. Planiol, II, p. 611.

tion qui faisait le droit commun du royaume, celle des Coutumes d'Orléans et de Paris : « Nulle servitude sans titre. » Et s'ils ont donné le chiffre de trente ans, c'était pour ce que ce chiffre en remplaçait plusieurs autres, notamment celui de cent ans représentant une possession immémoriale.

Et cependant la majorité des auteurs et la jurisprudence leur donne raison en fait, soutient au contraire que dans aucun cas les servitudes continues et apparentes ne peuvent se prescrire par moins de trente ans (1). Presque personne aujourd'hui ne conteste plus cette interprétation.

Son principal argument est celui que nous avons vu découler de l'article 2.264. « Les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux mentionnés au présent titre sont expliquées dans les titres qui leur sont propres. » Or, l'esprit de l'article 690 qui s'applique dans la généralité absolue de son texte, demande une jouissance de trente ans toutes les fois où la possession est permise comme moyen d'arriver à la propriété de la servitude.

Et en effet, disent-ils, si les pays coutumiers

1. Pardessus. *Traité des servitudes*, t. II, n° 268. — Aubry et Rau, t. III, § 251, note 1. — Demolombe, t. XII, n° 781. *Traité des servitudes*, t. II, p. 269 et suiv. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau. *Des Biens*, n° 1113. — Laurent, t. VIII, n° 194. — Huc, t. IV, n° 420. — La jurisprudence offre nombre d'arêts. Le plus récent est Cass., 23 novembre 1875. S. 76. 1. 103.

avaient admis la prescription de dix à vingt ans en cette matière, c'était pour tempérer la règle trop absolue de l'imprescriptibilité.

Les auteurs de notre Code qui ne suivent pas en cette matière les traditions de notre droit coutumier n'ont plus besoin de tempérer une règle qu'ils n'admettent pas.

On sait combien la thèse de la prescriptibilité ou de l'imprescriptibilité des servitudes avait soulevé dans l'ancien droit de difficultés et de controverses. C'est pour cela que notre Code a pris une disposition nette et précise. Il faut toujours trente ans pour que le propriétaire du fonds servant ne puisse imputer qu'à lui-même la prescription et à son silence gardé pendant si longtemps.

Et si l'on dit que le législateur permettant toujours de prescrire la propriété d'un fonds de terre par dix ou vingt ans, doit *a fortiori* permettre par le même délai la prescription d'une servitude, simple démembrement de cette propriété, il y a à répondre que les auteurs du Code n'en ont point jugé ainsi, que la possession d'une servitude n'offre pas les mêmes éléments de publicité et de certitude que celle de la pleine propriété, même la possession d'une servitude continue et apparente. Il peut se faire que l'on établisse un aqueduc, vous pourrez ne pas le savoir. Il vous sera difficile d'ignorer qu'un tiers laboure votre fonds, le cultive, l'ensemence en

récolte les fruits. Votre fermier vous préviendra si vous ne cultivez pas vous-même. Vous paiera-t-il sa ferme sans en jouir ?

Quant à l'exemple de l'usufruit, ce dernier se manifeste par une possession dont la publicité ne le cède en rien à la possession de la pleine propriété elle-même. De plus, au titre de l'usufruit il n'y a pas de texte analogue à l'article 690.

Mais le juge n'est-il pas là, et est-il possible de répondre à la doctrine établie, ne peut-il apprécier les caractères de la possession, la déclarer inutile si elle n'est pas suffisamment publique, si elle est équivoque. Il a ce pouvoir, en matière de prescription trentenaire ; cela ne suffisait-il pas à justifier la prescription de dix à vingt ans. Quant au délai plus long, il est vraisemblable que celui qui a ignoré vingt ans ignorera trente. Et les quelques exceptions à cette présomption valent-elles que l'on sacrifie les intérêts du possesseur de bonne foi en prolongeant l'incertitude de son droit.

III

La même question se pose pour les servitudes qui ne sont pas à la fois continues et apparentes. Ces servitudes qui ne peuvent s'acquérir par trente, peuvent-elles du moins, avec juste titre et bonne foi, s'acquérir par dix à vingt ans.

Certains interprètes le prétendent et soutiennent que ces servitudes deviennent susceptibles d'être acquises par la possession quand on les appuie par un titre coloré (1).

Leurs arguments sont les mêmes que ceux que nous avons énumérés au paragraphe précédent. L'article 2.265, la tradition coutumière et l'argument *a fortiori* tiré de ce que la servitude est moins que la propriété.

Ils ajoutent que l'article 691 se prête à cette interprétation. Le mot titre, disent-ils, n'y a pas le même sens que dans l'article 690. Il signifie là un titre quelconque et non forcément un titre capable à lui seul de constituer la servitude.

Quelques auteurs, tout en admettant ce principe, proposent dans ce cas de ne point admettre d'autre délai que celui de trente ans (2). La précarité pour eux se trouve bien purgée par l'existence du titre coloré ; seulement pour eux le droit commun de la matière au point de vue du délai, est celui fixé par l'article 690. L'effet du titre et de la bonne foi est de purger les servitudes qui ne sont pas à la fois conti-

1. Duranton, t. V, n° 593. — Delvincourt, t. I, p. 571. — Toullier, III, n° 629. — Dalloz, au mot *Servitudes*. — Malleville sur l'article 691 où il qualifie d'insoutenable la thèse contraire. — Bellime. Voyez aussi les considérants de l'arrêt de Cassation du 16 juillet 1849.

2. Toullier t. III, n° 629-630. Dalloz au mot *Servitudes*.

nues et apparentes du vice de précarité dont selon eux les charge la loi. Dalloz, notamment, qualifie d'interprétation judaïque celle qui purement et simplement prohibe la prescription. Mais l'admission de la prescription de dix à vingt ans lui paraissant dangereuse, il construit un système que n'ont certainement pas entrevu les auteurs de la loi.

Ces mêmes auteurs exigent qu'on se montre sévère à l'égard du titre déclarant insuffisant un acte purement énonciatif et voulant un titre constitutif émané du possesseur *pro suo*. De même, le titre devrait émaner du prétendu propriétaire du fonds servant et jamais ne suffirait le titre du vendeur du fonds prétendu dominant qui aurait énoncé l'existence de la servitude active. Ce point tout au moins n'est pas douteux. On ne peut se créer de titre à soi-même (1).

Au point de vue interprétatif, ceux des auteurs qui pensent que l'on doit admettre le principe du juste titre et de la bonne foi en lui appliquant le délai de trente ans, créent un système dont on ne retrouve pas trace dans le Code.

Mais sur le principe même de la possibilité de la prescription, on invoque l'autorité de Malleville qui fut un des rédacteurs du Code, ainsi que celle d'un

1. Cass., 10 décembre 1834. D. 35. 1. 65. — Cass., 16 juillet 1849. D. 49. 1. 545. — Toullier, Bellime, Demolombe.
Contra : Demante.

arrêt de Cassation qui admet, dit-on, la possibilité de la prescription dans l'hypothèse prévue. C'est sur Malleville que l'on base l'argument qui consiste à donner au mot titre un sens différent dans l'article 690 et dans l'article 691. Quant à l'arrêt de Cassation, il se rapporte à une hypothèse où il s'agit d'un titre émané du véritable propriétaire.

Les partisans de l'opinion contraire qui sont de beaucoup les plus nombreux et presque l'unanimité maintenant, répondent en effet.

Ils disent tout d'abord que dans l'article 691 « titre » ne peut s'entendre d'un titre coloré qui ne pourrait servir qu'à rendre une servitude susceptible d'une possession à l'effet de prescrire. En effet, dans notre cas, disent-ils, la servitude serait acquise par la prescription, non par le titre. « On n'a jamais dit en effet (1) ni pu dire que l'acquéreur *a non domino* avec titre et bonne foi acquérait par titre. »

L'article 695 est également invoqué : « Le titre constitutif de la servitude à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par la prescription ne peut être remplacé que par un titre reconnaissant de la servitude et émané du propriétaire du fonds asservi. »

L'argument tiré de cet article est assez fort, le titre valable à l'effet d'acquérir de pareils droits doit émaner du propriétaire lui-même (2).

1. Demolombe. *Traité des servitudes*, t. II, n° 788.

2. Quant à l'argument tiré des considérations historiques :

En sorte que la doctrine et la jurisprudence d'accord refusent d'appliquer l'article 2.265 aux servitudes non continues et apparentes (?).

Mais que faut-il penser du cas où le propriétaire du fonds dominant a signifié son titre au propriétaire du fonds servant, autrement dit dans le cas où il a usé de la contradiction.

L'article 2.238 en effet, donne à la contradiction le pouvoir de fonder une possession utile en vue de prescrire. On a prétendu l'appliquer à la prescription des servitudes, et même dans le cas où la contradiction ne s'appuyait pas sur un titre (2). C'était reprendre les règles des coutumes de Nivernais, de Berry et de Bourbonnais qui faisaient courir la prescription *a die contradictionis*.

Mais à ceci il est facile de répondre que l'article 2.238 ne concerne que les droits susceptibles d'être prescrits et que précisément l'article 691 interdit la prescription de nos servitudes.

Mais s'il y a à la fois titre coloré et contradiction, le propriétaire ne pouvant plus ignorer en vertu de quoi s'exerce la servitude, la raison que l'on donne Pardessus, *Traité des servitudes*, t. II, n° 2, pour la p. 53 à la page 390 du II^e volume, fait l'historique de la question, et cite Dunod qui, dans son *Traité des prescriptions* au n° 291, refusait tout effet au titre émané *a non domino*.

1. Demolombe, *op. cit.*, t. II, n° 788. — Aubry et Rau, III, § 251. — Baudry-Lac. et Chauveau, *op. cit.*, n° 1104. Cass., 4 janvier 1899. D. 99. I. 118.

2. Troplong.

de l'interdiction de la loi à savoir la précarité de la possession, ne disparaîtrait-elle pas ?

Pardessus (1) donne l'exemple suivant :

Deux maisons sont voisines, la maison A appartenant à Pierre, la maison B possédée par Paul qui se dit propriétaire, mais ne l'est pas. Ce dernier a grevé la maison B au profit de la maison A d'une servitude qui n'est pas à la fois continue et apparente. Seulement voici que Jean, maître véritable de la maison B la recouvre sur Paul. Craignant alors que Jean ne veuille pas le laisser jouir de la servitude, où qu'il veuille plus tard tirer argument de la source vicieuse dont il la tient, Pierre fait à ce dernier connaître le titre qui lui a été consenti et le somme de ne pas entraver sa jouissance. Jean peut prendre deux partis, ou passer outre aux défenses à lui faites et empêcher l'exercice de la servitude, auquel cas il ne restera plus à l'évincé que la ressource de l'action en garantie contre son vendeur, ou bien laisser Pierre posséder en paix le prétendu droit qu'il allègue, et nous avons à nous demander si cette jouissance pourra être de quelque utilité pour l'établissement de la servitude.

Pardessus et d'autres interprètes (2) estiment que la possession précédée d'une signification de titre et

1. Pardessus. *Traité des servitudes*, t. II, n° 276.

2. Demolombe, *op. cit.*, t. II, n° 791.— Baudry-Lacantinerie et Chauveau. *Des biens*, n° 1104.

de contradiction n'a pas plus d'effet que le titre sans contradiction. « Nous convenons (1), dit Demolombe, que cette hypothèse paraît favorable et que l'on pourrait souhaiter que la loi s'en fût occupée pour maintenir alors la servitude au profit de celui qui l'a acquise *a non domino*. Mais dans l'état actuel des textes et des principes de notre droit sur cette matière... »

Il nous est permis de penser que pour les servitudes qui ne sont pas à la fois continues et apparentes, il en est comme pour les servitudes continues et apparentes, la question de la prescription par juste titre et bonne foi n'a pas été prévue par les auteurs du Code. Certes, malgré l'opinion de Malleville, il est difficile d'admettre que dans l'article 691 le mot titre n'ait point le sens de titre émané du véritable propriétaire. Mais pour le cas de juste titre et bonne foi, sans répéter une argumentation qui se trouve au paragraphe précédent, nous croyons que le Code offre une lacune.

Nous ne nous attarderons pas du reste à trop le regretter. La question est d'une rareté pratique extrême. Ainsi s'explique l'oubli des auteurs du Code. Il faut (2) « 1° Que la servitude soit constituée par un possesseur non propriétaire du fonds servant ;

1. Demolombe, *op. cit.*, *loc cit.*

2. Planiol, II, p. 611.

2° que le voisin qui acquiert la servitude croit traiter avec le propriétaire ; 3° que ce voisin ait eu le temps d'usucaper la servitude par dix à vingt ans selon le lieu où se trouve le domicile du vrai propriétaire ; 4° que ce vrai propriétaire revendique dans l'intervalle nécessairement restreint qui s'écoule entre l'usucapion de la servitude par le voisin, dont on suppose le délai accompli, et l'achèvement de la prescription trentenaire qui ferait acquérir la propriété au possesseur du fonds servant, car aussitôt que la propriété est acquise à ce possesseur par l'effet de l'usucapion, la servitude constituée par lui devient valable de plein droit et sans qu'il soit besoin de prescription pour elle. »

IV

Nous n'insisterons pas sur les effets de la suspension de la prescription. En cette matière le droit commun est la règle. On applique à la prescription des servitudes les principes de la prescription de la propriété. Les articles 2.252 et 2.254 s'appliquent notamment. L'un dispose que la prescription ne court pas entre les mineurs et les interdits, l'autre qu'elle ne court pas entre époux.

CHAPITRE III

Caractères exigés de la possession en matière de servitudes

1. Des vices de la possession. — 2. De la précarité. —
3. De l'empiétement sur le droit d'autrui.

I

Nous n'avons pas ici de textes spéciaux à notre matière, et ce sont les articles 2.229, 2.232 et 2.233 du Code civil qui vont nous guider pour déterminer les caractères que doit revêtir la possession ou plus exactement la quasi-possession des servitudes.

L'article 690 dispose que toute servitude continue et apparente possédée pendant trente ans est susceptible de s'acquérir par prescription. C'est-à-dire qu'il s'explique sur la nature de la chose à prescrire et sur le délai si l'on veut, dérogeant en ceci au droit commun. Mais pour tout le reste, il est évident que les principes généraux seront appliqués. La prescription des servitudes ne peut pas être réglementée moins sévèrement que celle de la propriété.

L'article 2.229 énumère les caractères que doit présenter la possession. Il veut qu'elle soit continue,

non interrompue, paisible, publique, non équivoque à titre de propriétaire, mêlant ainsi des éléments de toutes sortes dont les uns sont les éléments constitutifs même de la possession, dont les autres sont simplement l'absence de certains vices qui, s'ils étaient, n'empêcheraient pas la possession d'exister, mais lui enlèveraient son utilité. Les quatre vices dont nous parlons sont ceux de discontinuité, de violence, de clandestinité, d'équivoque. Nous les examinerons l'un après l'autre. L'interruption n'est ni une qualité ni un vice de la possession. Elle est la perte même de la possession. Il s'agit ici de son existence. Elle concerne la théorie de la prescription plus que celle de la possession. Nous aurons également à nous en occuper tout à l'heure.

Quant aux éléments constitutifs de la possession, ils sont deux : *l'animus* et le *corpus*. Le *corpus* est l'élément de fait de la possession, c'est l'exercice matériel du droit possédé. C'est l'exercice de la servitude que l'on veut prescrire. Quant à *l'animus*, c'est l'intention chez celui qui exerce la servitude de l'exercer pour son propre compte. Si cet élément intentionnel fait défaut, il ne peut y avoir possession. Les faits exercés le seront en notre matière à titre de simple tolérance. Ce n'est pas une possession véritable et complète. C'est une détention précaire. L'exercice de la servitude est entaché de précarité. Cette précarité est en matière de servitudes assez

importante pour que nous croyons devoir en faire l'objet de notre second paragraphe.

Prenons maintenant les vices qui peuvent entacher la possession.

Soit le vice de discontinuité. Au début de ce siècle, en matière de servitudes, une confusion que nous avons déjà mis en lumière, lorsqu'il s'agissait pour nous d'expliquer les dispositions de la loi, s'est manifestée dans toute la doctrine. Elle consiste à confondre un élément de la possession des servitudes avec un des caractères de la servitude. Une possession peut être continue ou discontinue. Une servitude peut être continue ou discontinue. L'on a cru que la continuité de la servitude entraînait la continuité de la possession ; ce que nous avons déjà montré inexact. Nous ne nous attarderons donc pas à discuter de nouveau cette erreur. Cependant, nous en rappellerons l'origine. C'est d'un texte de Paul fausement entendu que part cette confusion. Nous avons déjà cité le texte et nous renvoyons au droit romain pour contrôler notre discussion. En même temps que le droit civil qui n'accordait pas la prescription des servitudes soit rurales, soit urbaines, et ceci non pour la raison donnée par Paul, mais bien parce qu'elles étaient droits incorporels, le prêteur accordait à ces servitudes une prescription par la *possessio longi temporis* (1). Et c'était bien une posses-

1. Il y avait même un interdit spécial pour protéger la

sion considérée comme continue qui servait de base à l'institution prétorienne à l'encontre de l'opinion de Paul.

Se faire une pareille idée de la continuité exigée pour rendre la possession utile à l'effet de prescrire (« Nemo tam continenter ire potest ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur ») serait rendre impossible la prescription même de la propriété.

Bellime, dans son *Traité de la possession* (1), s'est attaché à mettre en relief les conséquences fâcheuses de cette doctrine.

Posséder un droit d'une manière continue, c'est en jouir d'une manière raisonnable et en retirer tous les avantages qu'il est destiné à produire, se comporter, s'il s'agit de la propriété ou s'il s'agit de la servitude, comme le ferait un maître soigneux et diligent.

Par conséquent, on possédera d'une manière continue une servitude discontinue, un droit de passage par exemple, en en retirant tous les avantages.

possession du droit de passage. Cependant, il n'est pas douteux que la possession d'un tel droit ne puisse être continue dans le sens que Paul assigne à ce mot. Cela prouve bien qu'on se faisait à Rome une autre idée de la possession continue et qu'on la croyait possible même pour la servitude de passage.

1. Bellime, *op. cit.*, n° 57.

La disposition arbitraire de notre loi n'en subsiste pas moins, qui rend impossible la discontinuité en n'admettant l'acquisition par prescription que pour les servitudes continues. Par cela sont écartées les servitudes qui exigent des actes répétés pour leur exercice, seules sont susceptibles de prescription celles qui consistent dans un état de chose permanent, dont la possession par conséquent est forcément continue.

Le second vice que nous examinons est celui de violence.

Il semble se concevoir très simplement et cependant bien des opinions ont été soutenues pour la définition d'une possession paisible. Dans une première opinion il faut et il suffit que la possession pour être paisible n'ait été ni acquise, ni gardée par violence (1). Les partisans de la seconde opinion affirment à l'inverse que pour qu'il y ait possession paisible, l'auteur des faits de jouissance ne doit pas avoir été troublé par les entreprises des tiers (2). La jurisprudence paraît se ranger à cette opinion (3). Pardessus va même jusqu'à dire (4) que la posses-

1. Bellime. *Traité de la possession*, n° 31. — Aubry et Rau, t. II, § 180. — Demante et Colmet de Santerre, t. VIII, n° 336 bis. — Baudry-Lancantinerie et Tissier. *De la prescription*, n° 253.

2. Troplong. *De la prescription*, I, n° 350. — Laurent, XXXII, n° 280.

3. Cass., 10 mai 1865. D. 65. I. 412.

4. *Servitudes*, t. II, n° 189.

sion paisible est celle qui est continue et n'a pas été interrompue. Est-ce que la possession discontinue ne peut être paisible ?

Le vice de clandestinité a donné lieu comme celui de continuité à une confusion entre les qualités de la possession et les qualités de la servitude. Une servitude non apparente a-t-on dit et dit-on encore, ne saurait donner lieu à une possession publique. La clandestinité et la non apparence ne font qu'un. Nous croyons avoir fait justice déjà de cette opinion sans qu'il soit besoin d'y revenir. Notons cependant qu'il est toujours possible de posséder clandestinement une servitude apparente.

Celui qui a droit à une fenêtre à verre dormant la construit à verre mobile, mais sans l'ouvrir habituellement (1). Au bout de trente ans ce possesseur n'aura point acquis le droit de garder la fenêtre telle qu'il l'a établie, sa possession manquant de publicité.

Quant au vice d'équivoque, la pratique ne paraît guère en offrir d'exemple pour les servitudes. « Pour avoir une possession non équivoque, *l'animus domini* ne suffit pas, il faut que les actes de jouissance soient si éclatants que personne ne puisse se tromper sur l'intention de celui qui les accomplit. (2) »

1. Exemple de Pardessus. *Traité des servitudes*, t. II, n° 280.

2. Bellime, *op. cit.*, n° 54.

En matière de servitude cela paraît revenir à la précarité, non point à une certitude de précarité, mais un état de fait rendant impossible la solution de cette question, la possession est-elle précaire, ne l'est-elle pas ? Duranton (1) offre un exemple qui semble bien être très net comme cas de servitude équivoque. Un fermier est propriétaire d'un champ situé à côté d'un autre qu'il afferme. Sur ce dernier fonds jaillit une source. Le fermier y fait des travaux apparents destinés à conduire l'eau de cet héritage sur le sien pour le fertiliser. Cet état de choses dure trente ans. Malgré cela, dit Duranton, aucun droit ne sera acquis parce que la possession est équivoque.

Disons quelques mots de l'interruption de la prescription. Les règles en sont les mêmes, en matière de servitudes et en matière de propriété.

Il n'y a pas à confondre l'interruption de la prescription avec la discontinuation de la possession. La discontinuité est un élément de la possession. « Elle vient du fait du possesseur lui-même tandis que l'interruption vient du fait d'un tiers. » (2) Ces deux empêchements à prescrire, malgré tous les parallèles que l'on a pu établir entre eux, sont donc différents de par leur nature même.

De même qu'en matière de propriété on distinguera

1. Duranton, V, n° 586. — Demolombe, *op. cit.*, t. II, n° 774.

2. Bellime. *Possession*, n° 58.

entre l'interruption naturelle qui résulte d'un acte du propriétaire reprenant possession de la pleine jouissance de la chose que l'on était en train d'asservir et l'interruption civile qui résultera du fait d'attaquer le possesseur par les moyens judiciaires.

II

La précarité, dont l'absence correspond à ce que la loi nomme une possession à titre de propriétaire, correspond en matière de servitude à une possession de cette servitude à titre de maître de cette servitude. En pratique tandis que la précarité en matière de propriété consiste à posséder une chose pour autrui, elle consiste en fait de servitudes à accomplir sur le fonds d'autrui à titre de simple tolérance des actes qui seraient l'exercice d'une servitude si leur auteur prétendait les faire en vertu d'un droit.

Comme l'ont fait remarquer MM. Aubry et Rau (1), le terme précaire a conservé en l'hypothèse spéciale de la quasi-possession des servitudes le sens qu'on lui donnait à Rome. Celui dont la jouissance est entachée de ce vice n'a qu'une concession bénévole et toujours révocable au gré du propriétaire. Cette possession d'ailleurs est efficace vis-à-vis de tous, elle

1. II, § 180, p. 95.

n'est sans effet qu'à l'égard de celui qui l'a concédée (1).

Il y a bien la plupart du temps un dommage ; à la rigueur le propriétaire aurait bien pu empêcher les actes de jouissance de se produire, seulement le dommage est si peu sensible qu'on comprend son inaction. Bien plus, elle s'explique par le désir de ne pas troubler les bonnes relations qu'il a avec ses voisins. Quelquefois même non seulement ils ne lui causent pas de dommage appréciable, mais il en peut tirer profit comme le propriétaire d'une prairie qui, chaque année après la récolte, autorisait la tenue d'une foire sur son pré et bénéficiait ainsi d'un engrais gratuit par la présence de nombreux animaux.

De même que le propriétaire du fonds servant permet à titre de tolérance des actes de jouissance ne le gênant pas, de même celui qui agit sur le fonds d'autrui en vertu de la permission expresse ou tacite du propriétaire, reconnaît implicitement qu'il est sans droit sur la chose, ce qui exclut chez lui *l'animus domini*.

Les exemples les plus fréquents de cas de précarité sont ceux fournis par le passage sur le terrain

1. Cass., 6 mars 1855. S. 55. 1. 507. — Baudry-Lacantinerie et Tissier semblent être d'avis contraire. *Prescription*, nos 269 et 284.

d'autrui. Mais on en peut citer bien d'autres et qui s'appliquent à des servitudes continues.

Ainsi a-t-on décidé que les eaux pluviales n'appartenant à personne, le maître du fonds dominant avait toujours le droit de se les approprier nonobstant l'existence de travaux apparents établis par le propriétaire du fonds inférieur. On a considéré la possession de ce dernier comme étant de simple tolérance et entachée de précarité (1).

Il en serait de même pour des espaliers fixés le long d'un mur non mitoyen. Il y a bien là une servitude continue et apparente, toutefois elle est si peu dommageable qu'il est naturel de penser qu'elle a son origine dans la tolérance du voisin. De même des fenêtres ouvertes à une distance moindre que celle exigée par la loi, si elles donnent sur un mur plein ou sur le toit d'une maison. Le propriétaire du fonds servant n'aura pas à en tenir compte, et il pourra s'il l'entend ainsi, élever sa maison ou acquérir la mitoyenneté du mur (2).

De même (3) le fait de faire soutenir sa barrière par l'arbre d'autrui ne constitue qu'une possession basée sur la tolérance du propriétaire de l'arbre et impuissante à mener à la prescription. Et l'arrêt qui

1. Cass., 13 janvier 1891. D. 91. 1. 148.

2. Rennes, 31 décembre 1830. S. 81. 2. 106.

3. Cass., 6 avril 1841. S 41. 1. 414.

adopte cette manière de voir se base surtout sur ce que le préjudice causé était nul.

Cette notion de précarité est extrêmement importante en matière de servitudes pour plusieurs raisons.

L'une de ces raisons est le très grand nombre de cas où l'on se trouvera en présence d'actes précaires. L'exercice du droit de propriété sur les limites d'une propriété, et l'on est presque toujours sur les limites avec des régions à propriété morcelée comme il s'en trouve tant en France, ne s'exercera presque jamais sans amener à un empiètement sur le droit de propriété voisin. Ce sont les rapports de bon voisinage qui font que l'un rend le service de laisser passer sur son champ, tandis que l'autre permet de cueillir dans son bois les bâtons dont on a besoin. On échange ce que l'on a, et si les habitants des villes ont d'autres façons de s'entr'aider, ceux de la campagne font surtout commerce de tolérance.

Une autre raison est la difficulté qu'il y a de distinguer entre un acte exercé à titre de tolérance et un autre exercé à titre de servitude. Où est le critérium ? L'acte est le même. L'intention change, les conséquences de l'acte sont changées. Or, l'intention ne se manifeste que rarement par des signes extérieurs. La présomption de l'intention bienveillante qui résulterait de la modicité du dommage outre qu'elle ne constituerait point non plus un élément fixe, n'est pas

absolue. Comment le juge pèsera-t-il les intentions ? Quelle mauvaise foi chez les parties ! Quelle source de procès ! comment les tranchera-t-on ?

C'est là certainement, c'est dans cette volonté de ne pas avoir à distinguer entre les actes de tolérance et les actes de servitude qu'il faut voir une des raisons de fait qui ont milité contre la prescription des servitudes. Peut-être est-ce elle qui a fait, dans un état peu avancé du droit, la règle nulle servitude sans titre. Et si elle n'a point été invoquée par les esprits rationalistes du XVIII^e siècle, les positivistes de notre époque n'ont point manqué de la mettre en lumière.

Que ce soit à tort ou à raison que nous exprimions des craintes sur la difficulté de la tâche réservée au juge, c'est dans une présomption de précarité, ne souffrant pas la preuve contraire, que l'on veut voir à l'heure actuelle la prohibition par le Code de la prescription des servitudes qui ne sont pas à la fois continues et apparentes. C'est dans une présomption de non précarité mais admettant la preuve contraire, que l'on veut voir la possibilité laissée par lui de prescrire les servitudes à la fois continues et apparentes. Ce seront les plus lourdes servitudes, celles qui doivent causer le plus grand dommage, celles dont la preuve pourra être sans cesse sous les yeux, dont le fait ne cessera jamais, qui auront chance d'être vraiment des servitudes et non la suite de simples actes de tolérance.

Nous avons déjà vu que la principale raison invoquée lors de la confection du Code était tout autre. Si de telles raisons de fait ont pu amener des états de droit qui ont été interprétés par la doctrine, c'est là un mécanisme sans doute trop compliqué pour qu'on puisse l'invoquer avec assurance.

D'autant que les pays où a fonctionné la prescription des servitudes ne se sont pas plaints d'un tel système.

Revenons à l'étude de la précarité. Quelle est la valeur d'une reconnaissance de précarité émanant du maître du fonds dominant ?

Le propriétaire d'une maison a, nous le supposons, ouvert des fenêtres sur l'héritage du voisin. En vertu de l'article 678, ce dernier aurait le droit d'exiger qu'on les fasse disparaître parce qu'elles sont à une distance moindre que celle fixée par la loi.

Dans le but cependant de se montrer agréable, il consent à ne pas user de tout son droit et se contente d'un acte écrit où le maître de la maison reconnaît que sa possession est précaire et de simple tolérance. Quels seront les effets de cet aveu ?

Si personne ne soutient que cette reconnaissance doive être sans pouvoir (1), quelques-uns disent du

1. Art. 2248. — « La prescription est interrompue par la reconnaissance que le possesseur fait du droit de celui contre lequel il prescrivait. »

moins (1) qu'elle aurait pour effet seulement d'interrompre le cours de la prescription et servirait de point de départ à un nouveau délai de trente ans après lequel le droit serait définitivement acquis. Pour empêcher ce résultat de se produire, il faudrait un renouvellement de l'acte, sans cela le vice de précarité se trouverait purgé. On invoque l'article 2220 défendant de renoncer par avance au bénéfice de la prescription. Cette prohibition, dit-on, est d'ordre public et permettra à la reconnaissance dont il s'agit autre chose que d'interrompre la prescription, serait aller à l'encontre des dispositions de ce texte. On s'appuie sur les termes mêmes de l'article 2248.

Quant à l'article 2232 il s'applique seulement aux actes ayant par eux-mêmes le caractère de simple tolérance, et de précarité tels que ceux de passage, de puisage et autres. Enfin, ajoute-t-on, la prescriptibilité des servitudes continues et apparentes est d'ordre public comme la prohibition de l'article 2220. Le législateur n'a pas voulu faire revivre les anciens inconvénients qu'avait fait naître la règle : « Nulle servitude sans titre. » Il faut donc se garder d'y arriver par un moyen détourné, par exemple la reconnaissance de précarité.

Il semble cependant, malgré ces arguments, que la

1. Mourlon. *De la prescription*, p. 13, cité par Demolombe.

vérité ne se trouve point dans cette opinion et il est à notre avis, plus conforme au but que se proposaient les auteurs de notre Code de laisser à l'aveu fait par le voisin un pouvoir plus étendu.

Il importe de préciser et il ne faudrait pas dire que désormais il n'y aura plus de prescription possible. Certainement non, l'acte écrit qui vicie la possession et la rend inutile ne pourra pas dans tous les cas être opposé au prétendant à la servitude. Il peut se faire en effet que l'héritage qui aurait été l'héritage dominant se trouve encore la propriété de l'auteur de l'aveu de précarité ou de ses ayants cause à titre universel. Dans ces deux hypothèses, nous admettons que leur possession sera toujours nulle et impuissante, que même après plus de trente ans de date la reconnaissance pourra leur être à tous opposée.

Si au contraire l'héritage a été transmis à des ayants cause à titre particulier, il faut distinguer.

Le possesseur actuel a-t-il par lui-même une possession suffisante pour prescrire, on ne peut pas alors lui opposer la reconnaissance de précarité. Il a commencé une jouissance exempte de vices, il serait inutile de la rendre injuste par un aveu qui lui est étranger. Si au contraire cet ayant cause à titre particulier est obligé pour prescrire de joindre à sa possession celle de son auteur, l'aveu recouvrera son pouvoir et nous déclarerons la jouissance

inutile, ou tout au moins de durée insuffisante, par ce motif qu'à sa possession à titre de propriétaire il ne peut pas joindre une possession reconnue précaire et de simple tolérance par celui dont il tient ses droits.

Examinons les arguments qu'on a fournis contre ce système.

L'article 2248 dit bien que la prescription est interrompue par la reconnaissance de précarité, mais comme elle ne spécifie point les caractères ni la durée de cette interruption, la question reste entière.

Quant à dire que notre opinion va à l'encontre de l'article 2220, un mot suffit pour y répondre. En reconnaissant le vice de sa jouissance, l'auteur de l'aveu ne renonce nullement d'avance à la prescription, il caractérise seulement sa possession et précise pour qu'il n'y ait point d'équivoque qu'il n'exerce pas un droit, mais profite de la tolérance.

Il renonce si peu au bénéfice de la prescription trentenaire que nous admettons parfaitement qu'il puisse l'invoquer si le service de précarité vient à cesser. Cette intervention peut se produire notamment au cas où celui qui agit par tolérance notifie au voisin son intention de posséder désormais à titre de maître de la chose. Si celui auquel est faite une pareille notification ne proteste point, soit en exigeant la démolition des travaux, soit en interdisant la jouissance, la possession mènera certainement à

la prescription du droit en question. La preuve qu'on n'agit plus à titre de simple tolérance pourrait également, à notre avis, résulter de circonstances de fait, mais il faudrait qu'il ne pût y avoir doute.

En sorte qu'à partir du jour où il agirait à titre de maître, un nouveau délai commencerait et à l'expiration de ce délai la servitude serait acquise.

De plus, en vertu de quel principe veut-on écarter l'article 2232 de notre hypothèse ? Nous cherchons vainement une raison, un texte qui puisse justifier cette prétention et il nous semble que chaque fois que nous nous trouverons en présence d'un acte de simple tolérance, quelle qu'en soit la nature ou la cause, il faudra lui appliquer l'article 2232.

Il n'est pas juste de dire que la possession de tel ou tel droit soit en soi et forcément à titre de maître. La convention des parties peut bien donner le caractère d'acte de simple tolérance à des faits qui, indépendamment de toute entente à ce sujet, devraient en raison du préjudice qu'ils causent être considérés comme résultat d'un droit dont on ne peut plus faire la preuve.

Le dernier argument de nos adversaires consiste à dire que la prescription des servitudes continues et apparentes est d'ordre public, et que le législateur a surtout voulu éviter les inconvénients de l'imprescriptibilité.

Nous sommes de leur avis quant au principe,

mais il nous paraît impossible d'admettre que le législateur ait voulu aller jusqu'à dire que la possession d'une servitude continue et apparente doive toujours être à titre de maître et jugée comme telle suffisante pour conduire à la prescription. En effet, nous voyons les magistrats sans autre preuve que des constatations de fait admettre que telle servitude continue et apparente a pour origine la simple tolérance du voisin, nous ne pouvions donc leur refuser ce pouvoir au cas où il y a un aveu formel du possesseur.

Le vice de précarité ne saurait se purger sans interversion de titre, quelle que soit la durée de la jouissance, et la possession même de cent années est inutile à l'effet de prescrire, en tenant compte toutefois de l'atténuation qu'il y a lieu d'apporter s'il s'agit d'un successeur à titre particulier (1).

Il nous faut maintenant dégager une seconde question se rapportant à notre étude. Le vice de précarité qui existe en matière de servitudes discontinue ou non apparente peut-il disparaître quand il y a contradiction et notification à celui contre lequel on veut prescrire du titre sur lequel on prétend s'appuyer.

Mettons de suite de côté l'hypothèse où l'intervention réside dans le fait d'un tiers. Nous avons vu en

1. Demolombe. *Traité des servitudes*, t. II, n° 779 *ter*. — Aubry et Rau, t. III, § 251. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau. *Des Biens*, n° 1100. — Cass., 14 novembre 1853. D. 54.1.154.

effet que le vice de précarité n'est point purgé par un titre émanant d'un non-propriétaire, du moins dans l'opinion universellement admise.

Il nous paraît évident encore qu'en matière de servitudes qui ne sont pas à la fois continues et apparentes, leur possession, fût-elle précédée de contradiction et de signification au propriétaire contre lequel on veut prescrire, serait également privée de tout pouvoir à l'effet de constituer le droit réel dont il s'agit.

Il y eut cependant controverse sur ce point, nous avons déjà étudié cette controverse (1). On a dit, nous l'avons vu, que le propriétaire silencieux après notification ne méritait guère d'être protégé. Il y aurait sans doute de bonnes raisons pour permettre la prescription dans ce cas. Le législateur ne l'a point voulu.

A quelles obligations, a-t-on dit, va-t-on en effet soumettre les particuliers si on les oblige à répondre d'une façon officielle et péremptoire à tous les défis qui pourront leur être portés.

C'est peut-être aussi dans ce but que les auteurs du Code ont porté à l'égard des servitudes qui ne sont pas à la fois continues et apparentes cette présomption de précarité qui n'est pas susceptible d'être combattue.

1. Troplong, *op. cit.*, n° 393.

Le texte est formel et quelque opinion qu'on professe sur son opportunité, il n'est point permis de passer outre.

Ecartons donc ces hypothèses et admettons au contraire que, s'il s'agissait d'un droit prescriptible possédé par simple tolérance, la contradiction formelle émanée du possesseur aurait le pouvoir de rendre sa jouissance utile.

Expresse ou tacite, cette contradiction pourvu qu'elle ne soit pas douteuse, suffirait même si elle résultait seulement de l'existence de travaux apparents.

III

Traitons maintenant de la nécessité d'un empiètement sur le droit d'autrui.

Cet empiètement est nécessaire pour conduire à l'usucapion de la servitude et c'est de toute évidence, puisque cet empiètement est nécessaire pour l'existence même de la servitude. Celui qui ne dépasse pas son propre droit non seulement n'a rien à prescrire, mais forcément n'use en rien d'un droit de servitude, qui consiste précisément en la jouissance d'une partie du droit de propriété du voisin. C'est ce qui résulte de l'article 2232. « Les actes de pure faculté et ceux

de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription. »

Nous avons déjà traité des actes de simple tolérance, voyons maintenant par des exemples ce que peuvent être les actes de pure faculté. Nous verrons qu'ils résident dans l'exercice d'une faculté laissée par la loi. Le voisin est libre d'agir ou de ne pas agir, le résultat sera le même. Le propriétaire d'un mur qui touche (1) l'héritage d'autrui, le propriétaire d'un terrain qui a bâti en plaçant un mur de sa construction sur l'extrême limite qui le sépare du terrain voisin, a un mur donc qui lui est privatif et la loi lui permet d'y ouvrir ce qu'on nomme des jours de souffrance, fenêtres à fer maillé et à verre dormant (2). C'est pour lui une pure faculté que la loi lui reconnaît en sa qualité de propriétaire du mur ; en ouvrant ces jours dans les conditions déterminées, il ne porte aucune atteinte au droit du voisin. Par conséquent, cette situation ne peut lui donner aucun avantage nuisible à celui-ci, il essaierait vainement de s'opposer à l'ouverture de ces jours, mais il pourra planter ou construire à l'extrême limite de sa propriété y eût-il plus de trente ans que les jours existent. De même y eût-il plus de trente ans il pourra acheter la mitoyenneté du mur et forcer ainsi son copropriétaire

1. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n^{os} 275 et 282.

2. Articles 676 et 677.

à obstruer les ouvertures pratiquées. Ces jours de souffrance sont restés ce qu'ils étaient : une conséquence de l'état privatif du mur ; ils ne se sont pas transformés en une servitude de vue sur le fonds voisin ; ils doivent donc disparaître quand le mur change de qualité et devient mur mitoyen ; aucune prescription n'a pu courir au profit du propriétaire primitif du mur (1).

L'article 657 nous fournit encore un exemple d'acte de pure faculté, c'est lorsque le copropriétaire d'un mur mitoyen y a placé une poutre occupant l'épaisseur du mur à 54 millimètres près, suivant les termes mêmes du Code. Dans ce cas également, quelque possession qu'on allègue, aucun droit n'est acquis et l'autre copropriétaire pourra toujours faire réduire la poutre dans la mesure où le prescrit l'article 657.

Supposons également qu'une source née sur un fonds coule ensuite sur l'héritage inférieur. Depuis plus de trente ans le maître de ce dernier fonds utilise l'eau sans avoir fait sur l'autre de travaux apparents. C'est un acte de pure faculté, il ne prescrira rien et le propriétaire des eaux de la source verra si peu son droit diminuer qu'il pourra détourner le cours de l'eau et s'en servir à son gré. Il n'y a pas empiétement sur le droit d'autrui, il ne peut y avoir prescription.

1. Cass., 7 mai 1873. D. 74. 1.88.

Nous avons déjà étudié cette question des eaux de source et la loi du 8 avril 1898 qui est venue mettre fin à une controverse ancienne. La place logique de cette loi eût été ici. De la position des travaux dépend l'empiétement ou l'absence d'empiétement sur le droit d'autrui.

CHAPITRE IV

Des effets de la prescription

1. Etendue du droit prescrit. — 2. De l'indivisibilité. —
3. Prescription du mode de la servitude

I

Déterminer les effets résultant de la prescription du droit de propriété est une tâche facile. Il n'en est pas de même pour les servitudes, à cause de la nature même de ce droit.

Tandis que la propriété (1) est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue ; tandis qu'elle est un droit établi sur une chose au profit direct des personnes, l'étendue d'une servitude est limitée par les besoins du fonds dominant. Non seulement le maître de la servitude n'aura pas sur le fonds servant *l'usus* et *l'abusus* d'un propriétaire, mais même la plupart du temps il ne pourra pas en retirer tous les avantages utiles au fonds dominant. On ne se trouve plus comme tout à l'heure en présence d'un rapport ayant lieu entre une personne et un fonds. Ce sont les deux héritages qui

1. Art. 544.

sont en rapport et ce n'est que tout à fait indirectement et seulement en tant que propriétaires de ces fonds, que les personnes jouissent d'une part et sont obligées de l'autre.

Art. 637. — Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire.

Tandis que la propriété est essentiellement divisible et qu'il n'y a aucune complication à redouter dans les effets de l'acquisition de ce droit en matière de servitudes le principe de l'indivisibilité est admis au contraire par la loi. Il vient modifier profondément les effets de la prescription.

Enfin, il n'y a pas plusieurs manières de jouir du droit de propriété, au contraire, le mode d'exercice des servitudes peut varier d'un cas à l'autre en étendue, suivant qu'on en retire plus ou moins d'avantage.

Pour déterminer la nature du droit acquis par la possession trentenaire, une seule règle peut nous guider : c'est l'adage ancien que nos vieux auteurs énonçaient ainsi *tantum præscriptum quantum possessum* (1).

Pendant trente ans nous, le supposons, vous avez eu une fenêtre donnant sur la propriété du voisin.

1. Cass., 5 novembre 1856. D. 56. I. 391. — Cass., 4 juin 1872. S. 73. I² 449,

Quelle est la nature du droit que vous avez acquis. Est-ce la servitude de vue en général vous permettant d'ouvrir sur le fonds servant autant de fenêtres qu'il vous plaira ou le droit de garder votre fenêtre sans même pouvoir l'agrandir (1). *Tantum præscriptum quantum possessum*, nous sommes forcé d'admettre cette seconde hypothèse. Votre jouissance n'a porté que sur une fenêtre déterminée, c'est cette même jouissance de fait que vous avez transformée en droit (2). MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau (3), tout en admettant que l'on ne doit pas ouvrir de fenêtres nouvelles pensent que l'on a toutefois la liberté d'agrandir celles qui existent, puisque la dimension des fenêtres n'est l'objet d'aucune restriction dans la loi (4).

Il en serait de même si par un tuyau faisant saillie on avait prescrit une servitude d'égout des toits. On n'aurait aucun droit à établir d'autres égouts sur le même fonds, pas plus qu'à surélever les toits,

1. Cette maxime s'applique en matière de servitude, non seulement dans notre cas, mais dans le cas d'un titre muet sur le mode d'exercice de la servitude, c'est un moyen, s'il s'agit d'une servitude imprescriptible, fourni au juge d'interpréter la volonté des parties par l'exercice qu'ils font du droit.

2. Cass., 1^{er} juillet 1861. S. 62. 1. 81.

3. *Op. cit.*, n° 1035.

4. En sens contraire, Laurent, VIII, n° 63. — Demolombe, II, n° 580. — Pardessus, II, n° 285.

ni augmenter le volume de l'eau par aucun travail, ou de la corrompre avant de l'envoyer sur le fonds servant (1).

Il n'est pas besoin d'autres exemples pour mettre notre principe en lumière. Mais des difficultés pratiques se sont présentées que nous allons examiner.

Quelle est la servitude de vue acquise par prescription, emporte-t-elle avec elle la prohibition de bâtir tout au moins dans une certaine mesure ?

Trois opinions sont en présence. Nous allons les examiner successivement.

Une première (2) opinion rallie la jurisprudence et la majorité des auteurs. Ils admettent que ce sont les articles 678 et 679 qui doivent régler le conflit.

Il est faux de soutenir avec les adversaires de cette opinion, disent ses partisans, que le législateur en édictant les prohibitions des articles 678 et 679 ait établi sur les fonds des servitudes légales.

Supposons en effet que par sa possession trentenaire celui qui a ouvert les fenêtres n'ait fait que s'affranchir d'une servitude passive sans acquérir de droits sur l'héritage voisin. Il faudra dire alors qu'en établissant les fenêtres il a agi conformément à son droit de propriété et non pas *jure servitutis*. « Or, conclut Demolombe, il nous paraît de tout point

1. Pau, 12 décembre 1887. D. 89. 2. 230. — Pau, 21 mars 1888. D. 89. 2. 103. — Bordeaux, 10 juillet 1888. S. 90. 2. 205.

2. Duranton, Demante, Demolombe, *op. cit.*, II, n° 580. —

impossible de soutenir que c'est *jure dominii* que le propriétaire a dû ouvrir d'abord et qu'il peut ensuite conserver par l'effet de la prescription des jours et des vues à une distance prohibée, car la règle générale est au contraire qu'en vertu de son droit de propriété il n'aurait pas pu ouvrir des jours et des vues à cette distance. Donc, c'est par exception à la règle générale du droit de propriété, donc c'est seulement *jure servitutis* que ces jours et ces vues peuvent désormais subsister. »

On veut encore ici faire l'application de la règle *Tantum præscriptum quantum possessum* et cela est juste ; seulement il ne faut pas dire qu'au moyen de cette fenêtre on n'a rien possédé sur le fonds du voisin, et que partant on n'a rien prescrit sur ce fonds. La fenêtre nous a donné la possibilité de voir sur l'héritage d'autrui, nous avons joui de ce droit et nous prétendons l'avoir prescrit. Certes, il est inadmissible que vous ayez la faculté de rendre ma jouissance illusoire en n'en tenant pas compte.

« Un ancien disait fort justement, dit encore Demolombe, que c'est presque la même chose de porter les pieds ou les yeux sur l'héritage du voisin. « Qui fenestram in suo parute possit, aliquid immittit

Aubry et Rau, II, §§ 196 et 222. — Baudry et Chauveau, n° 1035. — Cass., 31 mai 1880. S. 81. 1. 199. — Cass., 10 décembre 1888. S. 89. 1. 156.

« in alienum quod non licet citra constitutionem
« servitutis immittit enim oculos. »

Quant à dire que la servitude *non ædificandi* n'est pas apparente, que par conséquent elle n'est pas prescriptible, il est facile de répondre que ce n'est pas cette servitude que nous avons acquise par la possession, mais bien celle de vue qui entraîne avec elle comme conséquence forcée et dans une certaine mesure la prohibition de bâtir.

Dans ce système, la seule difficulté qui se présente est de fixer la limite à partir de laquelle le maître de l'héritage asservi pourra bâtir et planter à son gré.

Un second système dont nous avons vu à mesure qu'on les réfutait défiler les arguments, dit que le fonds servant n'est nullement grevé d'une servitude *non ædificandi* (1).

Le maître de l'héritage dominant dit-on, a seulement acquis le droit de garder la fenêtre malgré les réclamations du voisin. Ce dernier peut bâtir sur son fonds comme il lui plaira, y planter à l'extrême limite sans se préoccuper de savoir quelles seront pour le propriétaire les conséquences de ses actes et même acquérir la mitoyenneté du mur.

L'édifice que l'on bâtit à l'extrême limite de son terrain est grevé d'une servitude légale de ne pas

1. Merlin. — Toullier, III, n^{os} 534-536. — Pardessus, II, n^o 312.

ouvrir de fenêtres, car des fenêtres auraient été la source de haines et de difficultés. Lorsqu'on passe outre aux prohibitions, on peut acquérir non une servitude de vue, mais une libération partielle de la servitude légale.

Quand bien même on admettrait qu'il s'agit bien d'une acquisition de servitude : *tantum prescriptum quantum possessum* : qu'a-t-on possédé sur le fonds voisin ? Rien sans doute, l'on n'a donc rien pu acquérir. Mais nous avons vu que l'on possède par les yeux.

Laurent (1) admet une doctrine qui revient à un intermédiaire entre les deux précédentes, mais en se basant sur des principes d'équité. Le voisin pourra bâtir et planter sur son fonds là où il le voudra, à la condition de laisser au propriétaire assez de lumière et une vue suffisante. Il fait donc de la question une pure question de fait.

Rejetant comme arbitraire la doctrine de Laurent, le troisième système (2) admet une distinction : suivant qu'il s'agira de vues droites ou obliques, les articles 678 ou 679 seront appliqués. Ces articles déterminent l'espace nécessaire à une servitude de vue, et c'est certainement là que git la solution du problème.

1. Laurent, VIII, n° 66.

2. Cass., 28 déc. 1863. S. 64. I. 123. — Cass., 10 déc. 1888. S. 89. I. 156.

En effet, s'il est impossible d'admettre que le propriétaire du fonds servant reste complètement libre de bâtir et de planter comme il l'entend, il serait exorbitant, en revanche, de faire naître d'une vue une servitude de prospect à la charge du fonds servant.

MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau prétendent bien que la servitude de prospect pourrait résulter de l'existence d'un belvédère « dont l'utilité ne se justifierait que par l'étendue de l'horizon découvert » (1).

Sans doute, celui qui a construit le belvédère a pu avoir l'intention d'acquérir une servitude de prospect, mais cette intention pouvait échapper au maître du fonds qu'il voulait asservir.

La jurisprudence se reporte toujours aux articles 678 et 679 dont, dit-elle, les termes ne sont pas limitatifs, mais servent toujours de base pour déterminer l'étendue de la prohibition de bâtir résultant d'une vue.

Examinons un autre cas, source de difficultés : c'est celui de l'ancien article 672 qui traitait d'une manière peu explicite de l'étendue du droit acquis par le maître d'un fonds qui depuis plus de trente ans avait gardé des arbres de haute tige à une distance moindre que celle fixée par la loi.

1. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1035. *Contra Jurispr. D.* 91. 2. 69.

Les arbres venaient-ils à disparaître, pouvait-on les remplacer ? Les uns disaient (1) : Le fonds était grevé d'une servitude de ne pas planter, son maître a prescrit sa liberté, il a donc le droit de remplacer ses arbres. D'autres auteurs (2) arrivent au même résultat en disant : le maître des arbres a acquis une servitude continue et apparente, si les arbres disparaissent la servitude cesse, si les choses sont rétablies en l'état avant l'extinction de la servitude de par le non-usage de trente ans, elle revit ; l'article 704 le dit en toutes lettres. Ce système était difficile à ruiner, la jurisprudence cependant était en sens contraire : *Tantum prescriptum, tantum possessum* (3).

C'est également le système qu'a consacré une loi du 20 août 1881 qui, en modifiant l'article 672, a mis fin à la controverse.

Dans l'hypothèse où il s'agit d'une fenêtre, si l'édifice est détruit puis reconstruit à moins de trente ans d'intervalle, en vertu de l'article 704, on pourra ouvrir une fenêtre semblable, mais il serait impossible de mettre à la place d'arbres détruits des arbres de même grosseur et de même hauteur. Bien plus le

1. Serrigny. *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1859. t. XV. p. 7. Crit. d'un arrêt de la Cour de cass., 22 déc. 1857. S. 58. 1. 361.

2. Pardessus, *op. cit.*, I. n° 195. — Toullier, III, n° 515.

3. Duranton, V. n° 391. — Marcadé : Sur l'art. 671. n° 622.

propriétaire du fonds servant pouvait avoir toléré les arbres parce qu'ils étaient destinés à mourir, parce qu'ils n'avaient pas de *causa perpetua* ; voici les arguments de la théorie qui a triomphé (1).

Ces arguments ne paraissent pas très convainquants, nous ne nous attarderons pas à les discuter, puisque notre texte ne laisse plus de place à la controverse.

Il faut se demander également ce que fait acquérir un droit de prise d'eau ; celui qui a prescrit un tel droit doit-il se contenter de l'usage qui l'a mené à la prescription ou peut-il user de l'eau à sa guise.

Pardessus (2) donne un exemple : Un propriétaire a construit un moulin à huile qu'il fait mouvoir au moyen d'une source née sur son fonds. Le propriétaire d'un fonds inférieur ayant capté l'eau au sortir du moulin la conduit chez lui au moyen de travaux apparents pour faire mouvoir un moulin à tan.

Si plus tard ce second propriétaire transforme son moulin à tan en moulin à huile, peut-il se réclamer de la maxime *tantum prescriptum quantum possessum*, ou si les eaux ont été prescrites pour l'irrigation d'une prairie, pourra-t-on s'en servir dans un intérêt industriel.

La jurisprudence admet une interprétation restric-

1. Demante, II, n° 527 *bis*. — Demolombe voulait que l'on put remplacer les seuls arbres d'avenue.

2. Pardessus, II, n° 285.

tive (1). Si le voisin avait connu l'intention de celui qui prescrivait, il se serait sans doute opposé à des faits qui pouvaient lui causer préjudice. Pardessus combat cette opinion : il n'y a pas dit-il de dommage matériel causé à l'héritage servant.

Que ce soit la nature, que ce soit l'étendue du droit prescrit dont il s'agisse, la maxime *tantum prescriptum quantum possessum* continue à s'appliquer, mais quand il s'agit de l'étendue il faut se reporter à certaines règles qui se trouvent dans les articles 696 à 702 du Code civil.

Art. 696. — Quand on établit une servitude, on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user. Ainsi la servitude de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui emporte nécessairement le droit de passage.

Ce texte qui vise dans son exemple une servitude établie par la convention, s'applique également dans notre hypothèse, et par exemple à une servitude de prise d'eau munie d'une vanne. Elle emporte forcément le droit de passage inhérent à son exercice, bien qu'il constitue en lui-même une servitude discontinue (2).

Ainsi nous aurons le droit de passer sur le fonds

1. Cass., 15 janvier 1834. S. 34. 1. 491, etc. Jusqu'à cass., 4 juin 1872. S. 73. 1. 449.

2. Demolombe. *Servitudes*, t. II, n° 830. — Baudry et Chauveau, n° 1126.

d'autrui pour surveiller l'écoulement de l'eau, pour réparer les aqueducs démolis.

Ceci ne va pas contre l'article 691, ce n'est pas une servitude nouvelle qui est ainsi acquise, c'est un droit accessoire qui disparaîtra avec la servitude principale, qui ne s'exercera que dans son intérêt.

Si par exemple la servitude d'égout peut se réparer autrement, elle n'emportera pas avec elle la servitude de tour d'échelle(1).

C'est en vertu de ce principe que la servitude de vue, comme nous l'avons vu tout à l'heure, emporte avec elle la prohibition de planter et de bâtir dans une certaine zone tout au moins. Il ne s'agit pas là d'une extension du mode de la servitude, d'un exercice plus avantageux. Il s'agit d'un droit nécessaire à l'exercice, qui naît avec lui, prescriptible ou non.

Cette remarque n'est nullement inopportune ; la confusion que nous évitons a été faite dans les considérants de la Cour de cassation(2). En sorte qu'elle arrive à violer les articles 691 et 696, en faisant acquérir par la prescription un droit imprescriptible (servitudes discontinues ou inapparentes), aussi bien

1. Bourges, 23 août 1831. D. 32. 2. 1. — Bordeaux, 29 décembre 1836. S. 38. 2. 132. — Demolombe, *op. cit.*, t. II, n° 832. — Aubry et Rau, III, § 253.

2. Cass., 28 janvier 1880. D. 80. 1. 152.

que l'article 696 qui veut la nécessité là où on se contente de la commodité.

L'article 697 reconnaît également au propriétaire du fonds dominant le droit de faire les ouvrages nécessaires pour conserver sa servitude. Cet article est applicable aussi bien à notre hypothèse qu'à celle de servitude acquise par titre. Cependant ces ouvrages doivent avoir été établis dès le début de la possession (1).

Mais là encore il faut la nécessité, la commodité ne suffirait pas, bien plus la servitude ne sera point aggravée par les ouvrages, le juge tranchera ce fait, ou bien en ne permettant pas l'établissement d'ouvrages nécessaires il respectera l'article 702, ou bien il sera contraint de passer outre en les laissant s'établir.

L'article 699 s'appliquera encore dans notre hypothèse : le propriétaire de l'héritage servant a le droit de se libérer en abandonnant le fond grevé. Tenu *propter rem*, il se libère en faisant disparaître sa qualité de propriétaire.

L'article 701 enjoint au propriétaire du fonds ser-

1. Demolombe, *op. cit.*, II, 839.

Le propriétaire du fonds dominant pourra être dans certains cas contraint de faire les ouvrages nécessaires. Si par suite du mauvais entretien d'un aqueduc, le fonds servant est inondé, le maître du fonds dominant sera contraint et avec dommages-intérêts à entretenir les travaux déjà existants et à en faire de nouveaux. (Cass., 15 mai 1877. S. 1877. 1. 296.)

vant de ne point gêner l'exercice du droit acquis, ni de déplacer l'assiette de la servitude, ni de changer l'état de choses consacré par la possession. C'est encore une application de la règle *tantum prescriptum quantum possessum*, on prescrit tout ce que l'on a possédé et de la manière dont on l'a fait. Le propriétaire du fonds servant est réduit à un rôle purement passif, il ne doit ni aider à l'exercice de la servitude ni le gêner.

L'article 702 prohibe les empiètements analogues que pourrait commettre le propriétaire du fonds dominant.

Mais dans le troisième alinéa de l'article 701, le législateur s'occupe du cas où le maître du fonds servant a un grave intérêt à changer l'assiette de la servitude. Il peut le faire pourvu qu'il ne lèse pas les droits acquis par la prescription. Par exemple, sur un terrain jadis inculte, des travaux apparents captent une source, le terrain est converti en prairie, les travaux pourront gêner l'exploitation de cette prairie, soit en la divisant en deux, soit de toute autre manière. Le maître de l'héritage asservi pourra échanger l'assiette de la servitude s'il ne nuit pas à son exercice. Il ne devra même pas d'indemnité dans ce cas (1).

C'est peut-être pour les servitudes acquises par

1. Cass., 23 mars 1893. D. 93. 1. 408.

prescription que cette disposition trouvera le plus à s'appliquer. Car lorsqu'un droit résulte d'une convention, les parties débattent les circonstances de ce droit et ses limites.

Ce troisième alinéa de l'article 701 s'appliquera à des servitudes accessoires comme la servitude de passage, accessoire à la servitude de prise d'eau, (quand le maître du fonds sur lequel elle s'exerce y aura intérêt).

Il s'appliquera même dans le cas de l'article 685 *in fine*, modifié par la loi du 20 août 1881 décidant que l'assiette du droit de passage en cas d'enclave se prescrit par trente ans. Les motifs qui ont fait édicter l'article 701 subsistent. Cet article constitue le droit commun, il s'applique (1). Le propriétaire du fonds dominant ne pourra alléguer que l'incommodité qui résulterait pour lui de ce changement d'assiette, il ne pourra jamais en prendre l'initiative, le maître du fonds servant pourra s'y refuser. *Tantum prescriptum, quantum possessum*, il ne peut demander autre chose que ce qu'il a prescrit (2).

1. Baudry et Chauveau, n. 1062.

2. Cass., 23 juillet 1873. S. 74.1. 155 — Demlombe *Traité des servitudes*, II, 843.

II

Il nous faut maintenant examiner en quoi le principe de l'indivisibilité des servitudes peut modifier les effets de leur prescription.

L'article 1217 nous montre qu'un droit est indivisible lorsque son objet n'est pas susceptible de division soit matérielle, soit intellectuelle. A ce point de vue toutes les servitudes ne sont pas indivisibles. Prendre une certaine quantité de sable dans une carrière, utiliser les eaux d'une source pendant un certain nombre d'heures sont autant de droits parfaitement divisibles.

Mais l'indivisibilité des servitudes n'est pas de cette espèce, elle résulte de leur nature même et de leur rôle économique, elles sont certainement indivisibles au point de vue passif. Chacune des parties de tout le fonds les doit. Le droit de faire paître un certain nombre de bêtes sur un fonds est un droit divisible. Quant à son objet, le but économique de ce droit exige qu'il soit dû tout entier par une partie quelconque du fonds débiteur de la servitude.

Au point de vue actif, sont-elles divisibles en ce second sens, l'on n'est pas d'accord.

Pardessus (1) tient que non, si elles étaient indivi-

1. *Traité des servitudes*, t. I, n° 21 et s.

sibles, dit-il, elles ne pourraient être restreintes par la prescription. Et encore : si les servitudes étaient indivisibles, elles resteraient toujours dues en entier à la totalité du fonds dominant après le partage ; la jouissance d'un seul propriétaire la conserverait même à ceux qui ne l'exercent pas.

« Il n'y aurait pas lieu (1) d'appliquer le principe consacré par l'article 709, que l'usage d'un seul ne conserve la servitude pour les autres qu'autant que l'héritage est indivis ».

Mais si nous écartons ces arguments spécieux, il semble bien qu'il n'est pas conforme au but économique du droit de servitude qu'elle soit divisible activement. Au contraire, après partage, il est désirable que chacune des parties divises du fonds dominant puisse exercer la servitude et l'exercer tout entière. Soit une servitude consistant en le droit de faire pacager un certain nombre d'animaux, le nombre d'animaux étant divisible, la servitude l'est aussi, dit Pardessus. Cependant, si la servitude est due à tout le fonds, elle peut profiter inégalement à ses diverses parties, par suite le propriétaire du fonds servant ne pourra pas contraindre l'un des propriétaires d'une part divise de l'héritage à exercer une fraction divise de la servitude (2).

1. Pardessus, *loc. cit.*

2. Les servitudes sont indivisibles par leur utilité pratique : Demolombe, II, n° 1701, Baudry et Chauveau. *Des biens*, n° 804. — *Contra* : Pardessus. — Toullier, III, n° 652 et s.

Et c'est ce que décide l'article 700 : « Si l'héritage vient à être divisé, la servitude reste due pour chaque portion sans néanmoins que la condition du fonds assujetti soit aggravée. Ainsi, par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage, tous les copropriétaires seront obligés de l'exercer par le même en droit. » Par là le système de l'indivisibilité est affirmé si les conséquences en sont parfois délicates à appliquer.

Du point de vue de notre sujet il s'ensuit que lorsque le fonds dominant appartient à plusieurs copropriétaires, le fait d'un seul d'entre eux fait acquérir la servitude à tous.

Le texte n'énonce pas précisément ce point. Cependant l'article 709 donne une solution analogue. S'il y a indivision entre plusieurs propriétaires du fonds dominant, en admettant par hypothèse qu'une servitude ait été constituée au profit de ce fonds, il suffira qu'elle soit exercée par un seul des propriétaires pour que le non-usage ne l'éteigne point. On peut argumenter *a contrario* de ce texte et décider la même chose au point de vue actif.

Au point de vue passif ces solutions, renversées, devront être admises. Il peut y avoir interruption de prescription, quand certaines conditions se rencontrent, et nous savons en pareil cas que la possession antérieure est inutilisable pour l'usucapion. Si l'un des copropriétaires du fonds servant fait donc un acte interruptif, tous les autres en bénéficient parce

que la prescription ne saurait être interrompue pour partie seulement.

Sur ce point encore il nous faut raisonner par analogie, la loi ne tranchant pas expressément la question et nous reporter à l'article 710 qui dispose dans une espèce de même nature. Ce texte vise la suspension de la prescription.

« Si parmi les copropriétaires, il s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pas pu courir, comme un mineur il aura conservé le droit de tous les autres. » (Art. 710.)

A n'en pas douter, ce texte a touté sa portée en matière de prescription acquisitive (1). Il ne faut point tenir compte de la place qu'il occupe dans cette section IV intitulée : *Comment les servitudes s'éteignent*.

Par exemple, vous possédez un aqueduc sur un fonds voisin du vôtre et que par succession ou d'autre manière ledit fonds soit attribué à plusieurs copropriétaires dont l'un est mineur. Pendant toute la durée de la minorité non seulement notre possession n'aura eu aucune utilité contre ce mineur, mais encore contre tous les autres propriétaires parce que la servitude ne peut s'acquérir pour partie.

Cette théorie doit compter cependant avec le principe de l'effet déclaratif du partage. Tant que dure

1. Demolombe. *Traité des servitudes*, II, n° 775.

l'indivision ou si, après partage, l'immeuble est attribué au même mineur à partir du jour où ce dernier en aura été copropriétaire et jusqu'à sa majorité, la possession ne pourra conduire à la prescription.

Cependant une grave difficulté se présente : en serait-il ainsi dans le cas où le fonds qui porte l'aqueduc serait mis au lot de l'un des copropriétaires majeurs, lequel toujours en vertu des règles traitant du partage est censé avoir été toujours propriétaire (art. 883).

Un exemple nous permettra d'envisager plus clairement l'hypothèse : A possède un aqueduc sur le fonds de B. A la mort de ce dernier ces biens restent indivis aux mains de ses enfants parmi lesquels se trouve un mineur C. Cet état d'indivision, nous pouvons le supposer, puisque la loi le prévoit, se prolonge pendant cinq années. Ce délai expiré il y a partage et le fonds portant l'aqueduc est mis dans le lot de D fils aîné de B et qui, lui D, était majeur avant le décès de son père. Il y a trente ans que A possède son aqueduc et D veut l'en priver en se basant sur l'article 710, alléguant qu'il a vingt-cinq années seulement de possession utile. A pourra-t-il se prévaloir de l'article 883 et répondre qu'il est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot.

Il y là conflit entre l'article 710 et l'article 883. Quel est celui des deux qui l'emportera ?

La jurisprudence de la Cour de cassation et celle des cours d'appel sont en désaccord. La Cour de cassation (1) applique l'article 883 ; les cours d'appel suivant du reste la majorité de la doctrine assurent la prédominance à l'article 710 (2).

L'argument principal de la Cour suprême repose sur les termes même de l'article 883 dont la portée semble générale et absolue. « Chaque cohéritier, dit la loi, est censé avoir succédé seul et immédiatement, à tous les effets compris dans son lot. » En vertu de ce principe, l'héritier possède les biens qui lui sont échus du jour de l'ouverture de la succession, comme s'il les avait tenus du défunt lui-même. La possession commune est réputée n'avoir jamais existé, et s'il était permis de l'invoquer, ce serait ne pas tenir compte de la fiction de l'article 883 et considérer que l'héritier n'a pas toujours été propriétaire exclusif des biens à lui échus par le partage.

De plus, en vertu de l'article 883, les cohéritiers mineurs sont censés n'avoir jamais été copropriétaires des immeubles qui ne sont pas compris dans leur lot. Le privilège dont ils jouissent en vertu de

1. Cass., 2 décembre 1845. S. 46. 1. 21. — 29 août 1853. S. 53. 1. 707.

2. Amiens, 5 décembre 1840. S. 46. 2. 21. — Nancy, 29 novembre 1851. S. 51. 2. 799.

l'article 2252 n'a pas pu empêcher la prescription de s'accomplir.

L'article 710 n'a en vue que le cas d'une copropriété permanente et définitive. L'article 883, au contraire, n'a trait qu'à l'indivision transitoire et passagère. Ces deux textes doivent donc conserver leurs attributions respectives. La rétroactivité du partage en est un des caractères essentiels qui ne saurait être négligé.

Dans notre hypothèse, les cours d'appel d'Amiens et de Nancy avaient au contraire donné la prédominance à l'article 710. Cette opinion a été choisie par la majorité des auteurs (1).

Examinons les arguments qui peuvent militer en faveur de cette thèse.

En se reportant aux motifs sur lesquels se fonde la Cour de cassation, on peut critiquer le caractère trop absolu de cette doctrine. La Cour décide que jamais la possession commune après le partage ne saurait être considérée comme utile. Il semble cependant que dans le cas prévu par l'article 709, le copropriétaire qui aura joui de la servitude l'aura conservée au fonds, même si celui-ci échoit ensuite à celui qui n'en a pas usé. Cela n'est pas sérieusement contestable. Il faut bien invoquer la possession com-

1. Demante, II, 568 *bis*. — Duranton, V, 470 et suiv. — Demolombe, II, 999. — Laurent, VIII, 322. — Baudry et Chauveau, 1168.

mune et il est très douteux que si la Cour de cassation avait à se prononcer à l'heure actuelle sur cette hypothèse, elle appliquerait ici les conséquences logiques de son système en déclarant que la servitude est éteinte par ce motif que le copropriétaire auquel est échu le lot n'en a pas joui durant l'indivision.

Il serait en effet étrange qu'un fermier, un possesseur précaire conserve un droit au profit d'un fonds en l'exerçant, alors qu'un copropriétaire ne pourrait pas le conserver (1).

Et si la possession commune peut être invoquée après le partage dans le cas de l'article 709, pourquoi ne pourrait-elle pas l'être dans l'hypothèse de l'article 710, puisque ces deux textes sont nés du même principe et pour répondre au même besoin, puisqu'ils expriment une seule et même règle.

D'après les termes de l'article 710, la minorité d'un des copropriétaires doit profiter à tous les autres. En appliquant ici l'article 883, lorsque par l'effet du partage le fonds contre lequel on prescrit échoit au majeur, on décide, malgré les termes de la loi, que la possession du mineur n'a conservé que son propre droit et n'a profité qu'à lui.

N'est-ce pas du reste rendre l'article 710 à peu près inapplicable et inutile, que de restreindre sa

1. Demolombe, *op. cit.*, II, n° 999.

portée au cas d'une propriété en état d'indivision permanente et forcée.

Quel champ d'application reste-t-il à notre texte. Le législateur, nous le savons, s'est montré sévère pour l'indivision. Il la tolère seulement comme un état transitoire de la propriété. C'est une hypothèse tout à fait rare et pour ainsi dire exceptionnelle que celle d'une indivision permanente et définitive.

Reportons-nous au surplus aux termes mêmes de l'article 710. Nous n'y trouvons point la trace d'une distinction semblable.

Au contraire, le système admis par les auteurs replace dans leur cadre respectif les articles 883 et 710 avec leur portée spéciale.

L'article 883 s'applique à tous les cas de passage, mais il ne peut être invoqué dans notre hypothèse, parce que l'article 710 y déroge et prévoit l'application d'un principe différent.

Pensons du reste à la destination du principe de la rétroactivité en matière de partage, nous pourrions constater combien cette dernière théorie est conforme aux désirs du législateur, lorsque nous écartons l'application de l'article 883.

Cet article 883 est seulement rédigé dans l'intérêt des copropriétaires. Ce serait donc aller à l'encontre du but poursuivi par les auteurs du Code que d'en faire une arme contre ceux même au profit desquels il fut écrit.

Ce que la loi a voulu, ce n'est pas défendre la collaboration des copropriétaires, mais bien leur interdire de se gêner et de se nuire en consentant des hypothèques ou autres droits réels sur les fonds indivis. Car ces droits, nous le savons, n'auraient pas été supprimés par le partage déclaratif et le nouveau propriétaire serait dans l'obligation de les subir (1).

En sorte qu'il nous paraît préférable de suivre cette seconde opinion.

III

De même que l'on acquiert par prescription une servitude, peut-on par ce moyen acquérir le mode de cette servitude. Autrement dit, est-il possible d'augmenter l'étendue du droit déjà acquis et de le modifier par prescription. Envisageons le cas où il s'agit d'une servitude continue et apparente. C'est ensuite seulement que nous traiterons de celui d'une servitude qui n'est pas à la fois continue et apparente.

La réponse du reste est absolument opposée, suivant qu'il s'agit de l'une ou de l'autre de ces deux hypothèses.

Peut-on prescrire le mode d'une servitude continue et apparente. Plusieurs raisons se présentent de soutenir la négative.

1. Demolombe, *op. cit.*, t. II, n° 999. — *Traité des successions*, t. V, n° 326. — *Traité des obligations*, t. III, n° 624.

L'article 708 permet bien de prescrire le mode de la servitude comme la servitude elle-même. Mais on peut trouver que c'est une règle mauvaise. A Rome, le mode des servitudes ne pouvait se prescrire et notre texte vient d'une disposition empruntée à Domat qui interprétait faussement, comprenait mal les règles admises en droit romain sur ce point.

La conséquence qui en suivra, dit-on, ne sera point le rejet de l'article 708, mais une interprétation restrictive de cet article. Il faudra s'efforcer de ne l'appliquer qu'aux cas qu'il vise certainement. Or, cet article 708 se trouve situé au titre « De l'extinction des servitudes ». Au titre de l'acquisition des servitudes, on ne trouve aucune disposition semblable. Ne faut-il pas en conclure, par un argument *a contrario*, que si les servitudes dont on use seulement pour partie ne se conservent que pour partie, lorsqu'au contraire on jouit d'une façon abusive, aucun droit nouveau ne résulte de cet empiétement ?

Il n'est pas prouvé d'abord que le législateur ait emprunté à Domat la règle de l'article 708, et si nous savons d'autre part qu'en matière de prescription des servitudes le législateur du Code n'a point copié la législation romaine, du moins n'en a-t-il pas pris le contre-pied. Quant à l'argument *a contrario*, il est toujours dangereux et bien souvent, comme dans notre hypothèse, il ne mène qu'à des conclusions inacceptables.

La jurisprudence admet sans hésitation que l'article 708 s'applique à la prescription acquisitive comme à l'acquisition extinctive (1).

Du reste, ne l'admettrait-elle pas, qu'avec les seuls principes généraux on serait forcé d'admettre que rien ne s'oppose à l'acquisition du mode d'exercice des servitudes continues et apparentes par la possession trentenaire. Aucun texte ne traite ce sujet dans la partie relative à l'établissement des servitudes.

Non seulement donc le droit commun est notre règle, mais nous pouvons argumenter à l'aide du principe : « Qui peut le plus peut le moins ».

Lorsque l'article 690 permet de prescrire certaines servitudes, on est forcé d'en conclure qu'il sera possible de les augmenter ou de les modifier de la même façon. On pourrait en établir une si elle n'existait pas déjà. On pourrait l'établir précisément sous la forme dans le sens de laquelle on veut modifier celle déjà existante. C'est revenir à ce que nous croyons permis (2).

Ne serait-il pas étrange de soutenir que l'on a bien pu acquérir par prescription le droit d'avoir un aqueduc sur le fonds du voisin, alors qu'il serait défendu après une possession de même durée et présentant les mêmes conditions, de conserver le

1. Cass., 26 janvier 1880. S. 80. I. 152.

2. Demolombe. *Traité des servitudes*, II, n° 783. — Baudry et Chauveau, n° 1170.

même aqueduc que l'on aurait pu acquérir, parce qu'on en avait déjà un dont on a augmenté le calibre des tuyaux. De même, s'il s'agit d'une fenêtre. On l'a agrandie, transformée, on avait prescrit le droit d'en avoir une de 50 centimètres de hauteur. Depuis plus de trente ans on lui a donnée 1 mètre de hauteur. « *Tantum præscriptum quantum possessum.* » On possède depuis plus de trente ans une fenêtre de 1 mètre de hauteur.

Si le point de droit n'est point douteux, le point de fait pourra l'être. Car on est bien forcé d'admettre qu'il faudra pour prescrire le mode de la servitude avoir une jouissance bien caractérisée. Il est nécessaire, en effet, que le propriétaire ait pu avoir connaissance de la modification apportée dans l'exercice du droit. Il faut que de nouveaux travaux aient été faits de manière à éveiller son attention et à l'avertir de l'empiétement.

Nous allons examiner un arrêt de la Cour de cassation qui, s'il consacre formellement la seule opinion soutenable, en fait une application que l'on peut trouver exagérée (1).

Dans l'espèce, un propriétaire ayant acquis un droit de prise d'eau à un canal privé pour l'irrigation d'un fonds, voulut étendre ce droit et au moyen de travaux apparents, agrandir son aqueduc de

1. Cass., 26 janvier 1880. D. 80.1.152.

façon à avoir assez d'eau pour l'arrosage d'un nouveau fonds. Cet état de choses dura trente ans et la Cour de cassation déclara que le propriétaire de l'héritage asservi ne pouvait point exiger que l'aqueduc soit ramené à ses anciennes proportions.

Mais, dans ce même arrêt, la Cour suprême va jusqu'à décider que la servitude de passage peut être considérée comme un mode d'exercice de la servitude d'aqueduc et prescrite de ce chef. Sans faire de ce cas une règle générale, en admettant seulement la possibilité, cet arrêt n'en est pas moins discutable dans ces termes.

Ils vont à l'encontre de l'article 691 qui défend d'acquérir une servitude discontinuée par prescription (1).

La Cour de cassation pouvait arriver au même résultat par des moyens plus juridiques et déclarer le droit de passage acquis en vertu de l'article 696 et

1. MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau (*Des biens*, n° 1170) admettent que le droit de passage sur les francs bords d'un canal pour assurer ou faciliter la servitude d'aqueduc est un mode d'exercice de cette servitude. Un jugement du tribunal de Prades du 28 mars 1890 (D. 92.3.31), décide également que lorsqu'une servitude de prise d'eau a été acquise par prescription, le titulaire peut se faire maintenir dans les droits par lui exercés pendant trente ans tels que pénétrer sur le fonds servant pour y réparer les conduits et réservoirs à la charge de se concerter avec le propriétaire de ce fonds, de remettre les lieux en l'état, de payer une indemnité.

non en vertu de l'article 708. Il n'était pas suffisant que ce droit de passage eût été exercé pendant trente ans comme mode de la servitude. Il fallait et il suffisait qu'il fût indispensable à son exercice. La loi, en effet, n'admet pas cette contradiction qui consisterait à accorder un droit en refusant ce qui est nécessaire pour en user. Mais c'est tout ce qu'elle permet. Les servitudes discontinues restent imprescriptibles.

Donc, quand une servitude continue et apparente a été acquise par prescription, rien ne s'oppose à ce que son mode d'exercice soit étendu, modifié de même. Il en est de même quand la servitude au lieu de résulter de la prescription ou d'un titre, qui se borne à en constater l'existence, résulte du titre qui en a précisé l'étendue et le mode.

Soit par exemple une fenêtre dont les dimensions sont soigneusement déterminées par l'écrit et qui doit être ouverte à une certaine hauteur dans le mur. La prescription peut-elle modifier la forme et la position de la fenêtre.

Quelques auteurs parmi lesquels Demante (1) ont soutenu qu'en cette hypothèse l'article 2240 s'opposait formellement à ce que la possession puisse produire les moindres effets. « Personne ne peut prescrire contre son titre. » Mais il faut savoir ce que le

1. T. II, n° 567 *bis*.

législateur entend par prescrire contre son titre, c'est changer à soi-même la cause et le principe de la possession : « On ne peut prescrire contre son titre, en ce sens qu'on ne peut pas se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession. » « *Nemo sibi causam possessionis mutare potest* » dit la règle romaine. Et cela signifie que lorsqu'on possède en vertu d'une cause qui ne peut mener à la prescription, on ne saurait se changer seul, sans l'intervention d'une autre partie son motif, sa raison, son titre à posséder.

Dans notre hypothèse on ne prescrit pas contre son titre, mais au delà de son titre ce qui est très différent.

On insiste encore, disant que le propriétaire qui a concédé la servitude par un titre se dispensera souvent de toute surveillance parce qu'il se repose pour fixer l'étendue de la servitude sur les clauses insérées dans l'acte constitutif. Il est possible et il n'y aura qu'à se montrer sévère pour le vice de clandestinité, mais chaque fois que le propriétaire aura dû avoir connaissance de l'empiétement, on devra accorder la prescription.

C'est du reste l'avis de la doctrine. Dunod disait déjà dans l'ancien droit : « Pourquoi ne prescrirait-on pas une plus ample servitude que le titre ne la porte, puisqu'on pourrait la prescrire toute sans

titre. C'est prescrire outre le titre, non contre le titre (1) ».

Toutefois il faudra une possession non douteuse, nous insistons sur ce point. Dans un article de revue, Dupret (2) fait remarquer qu'en présence des servitudes continues, le juge devra se montrer plus sévère lorsqu'il s'agira de prouver que la possession a eu un caractère constant et précis de nature à faire présumer la concession d'un droit. »

Il nous reste maintenant à examiner la question de savoir si les servitudes qui ne sont pas à la fois continues et apparentes peuvent voir s'augmenter leur mode par prescription.

La réponse n'est pas douteuse, et en se fondant sur l'article 691 il ne paraît pas possible d'admettre que la possession trentenaire puisse augmenter un pareil droit. A a le droit de puiser à la source de B, soir et matin. Pendant trente ans il y va soir et matin et plusieurs fois dans l'après-midi. Si au bout de trente ans B veut l'en empêcher, A ne pourra pas lui opposer la prescription trentenaire (3).

Quelque légitime que paraisse en effet la prétention de A, il ne sera pas possible de la légitimer dans l'état actuel des textes.

1. Dunod. *Des prescriptions*, part. III, chap. VI, p. 298. — Pardessus, t. II, n° 286. — Demolombe, t. II, n° 783.

2. Dupret. *Revue de droit français et étranger*, III, p. 818 à 820.

3. Cass., 18 décembre 1894. S. 98. 1. 486. — Demolombe. *Traité des servitudes*, II, n° 792.

Et cependant il en serait autrement si le titre se contentait de mentionner une servitude de puisage au profit de A. Dans ces conditions, l'on assigne à la possession le pouvoir de fixer définitivement le mode d'exercice de la servitude et son étendue. Mais à notre avis, cela vient d'une toute autre raison que de la prescription. Nous avons déjà eu l'occasion de le dire, il s'agit là d'une présomption d'interprétation de volonté des parties que l'on applique seulement à défaut de tout accord manifesté par écrit.

Mais du moins si leur mode est incapable de s'augmenter par prescription, pourra-t-on en déterminer l'assiette par ce moyen. La même question se présente pour les servitudes continues et apparentes, une servitude d'aqueduc dont on aura déplacé les tuyaux. Nous l'avons dans ce cas résolu par l'affirmative.

Notre hypothèse est celle où une servitude discontinue, la servitude de passage par exemple, a été concédée par titre, la possession trentenaire peut-elle en fixer l'assiette.

Deux cas peuvent être distingués. Le titre peut déterminer ou ne pas déterminer l'assiette de la servitude.

Lorsque le titre a déterminé l'assiette de la servitude sans qu'il puisse y avoir d'équivoque, nombre d'auteurs pensent que la possession quelque longue qu'elle soit ne saurait la changer.

Si j'avais le droit de passer en A d'un fonds et que pendant trente ans j'ai passé en B sans jamais passer en A, si ayant le droit de puiser à un puits je ne l'ai jamais fait me bornant à en prendre à un autre, je n'aurai rien acquis par ma possession à cause de l'article 691. Mais alors ma servitude en A sur le premier puits doit s'éteindre par le non usage.

Duranton recule devant cette conséquence. Le propriétaire du fonds servant ne pourra qu'exiger le maintien de l'ancienne assiette (1).

Mais ce point a été contesté par nombre d'auteurs (2). Pardessus dit : « Ce qui a été fait est autre chose que ce qu'on avait le droit de faire, et la différence est grande entre faire autre chose et faire plus ou moins. En faisant moins ou plus on conserve son droit, seulement il est réduit si l'on a fait moins, augmenté si l'on fait plus, sauf la validité de l'acquisition de l'excédent selon la nature de la servitude, Au contraire si l'on fait autre chose, la servitude qu'on avait est éteinte par le non usage puisque dans la réalité on ne l'a pas exercée ; et l'on n'acquiert celle que l'on a exercé en sa place qu'autant que la prescription aurait pu la faire acquérir. »

1. Duranton, t. V, n° 607.

2. Pardessus. *Servitudes*, t. II, n° 304. — Baudry et Chauveau. *Des biens*, n° 1172. — Demolombe, II, n° 794 et n° 1031. A ce dernier n° Demolombe est moins affirmatif.

En sens inverse, Demolombe (1) se base sur l'article 685 « l'assiette et le mode de servitude de passage en cas d'enclave sont déterminés par trente ans d'usage continu » et sur l'article 701 qui autorise le propriétaire du fonds servant à demander le déplacement de l'assiette de la servitude pour distinguer très nettement entre l'assiette et le mode de la servitude de passage, et les traiter d'une manière opposée. Au lieu que l'on ne pourra jamais prescrire le mode, l'assiette sera prescriptible.

Le deuxième cas est celui où le titre n'a point fixé l'assiette de la servitude, ou ne l'a fait que d'une manière incertaine et seulement à titre d'indication.

Dans ce cas, la plupart des auteurs (2) admettent que l'assiette soit déterminée par la possession trentenaire. Il ne s'agit du reste point ici, nous le répétons, de prescription. L'article 691 n'est point opposable, c'est plutôt par analogie l'article 685 qui s'applique. Le maître de l'héritage dominant tient son droit d'une convention librement discutée, souvent il l'aura acquis à titre onéreux. La loi lui doit protection. Que son titre ne fixe pas d'une manière précise l'assiette de la servitude, celui-ci doit du moins exister et le mieux sera de les fixer là où il s'exerce en fait.

1. Demolombe, *loc. cit.*

2. Demolombe, II, n° 793. — Pardessus, II, n° 286.

C'est la solution de la jurisprudence qui admet encore dans l'hypothèse précédant la nôtre que le maître du fonds servant aura le droit de réclamer le rétablissement de la servitude sur l'assiette fixée par le titre (1) s'il le préfère.

MM. Baudry et Chauveau critiquent ce système qui, à leur avis, est fort peu juridique. « Si, disent-ils, on autorise ainsi au mépris du titre le déplacement de l'assiette de la servitude, jusqu'où aller. Permettra-t-on l'exercice du passage sur un fonds limitrophe appartenant au même propriétaire (2). »

Du moins, s'il est plus que douteux que la possession d'une servitude qui n'est pas à la fois continue et apparente puisse mener à la prescription de son mode, il est certain qu'elle peut le conserver (3).

Or, ne peut-elle le faire renaître après qu'il aurait été perdu, et d'autre part ne pourrait-elle limiter le droit conféré par la prescription de la propriété d'un fonds.

Pardessus (4) répond à la première question en disant que la servitude éteinte par le non usage ne saurait revivre que sous la forme d'une servitude nouvelle que seul un titre pourra légitimer dans le cas de servitudes discontinues ou inapparentes.

1. Cass., 5 mars 1894, P. 95. 1. 32.

2. Baudry et Chauveau, n° 1172.

3. Demolombe, II, n° 795.

4. II, n° 286.

D'autres auteurs soutiennent le contraire. Ce ne serait pas un droit nouveau qui revivra, disent-ils, mais l'ancien, parce que le maître du fonds aura renoncé au bénéfice de la prescription extinctive. A vrai dire elle n'aura jamais été éteinte (1).

Sur le second point les auteurs sont également partagés. Un tiers acquiert la propriété d'un fonds par prescription, seulement le maître du fonds a continué à y passer pendant tout le temps de la possession du tiers. Conservera-t-il ce démembrement de son ancien droit de propriété, que serait le droit de passage.

La Cour de Caen (2) en a décidé ainsi : *Tantum præscriptum quantum possessum*. Il a possédé toute la propriété, moins un droit de passage qui n'a point été acquis mais conservé par la possession de l'ancien propriétaire.

MM. Baudry et Chauveau (3) font cependant remarquer que le nouveau propriétaire a possédé à ce titre tout le fonds, sans que la quasi-possession du droit de passage ait pu fonder aucun effet.

1. Demolombe. — Laurent. — Aubry et Rau.

2. Caen, 17 mai 1847 cité par Demolombe, n° 296.

3. *Des biens*, n° 1107.

CONCLUSION

Nous laisserons donc de côté les effets de la prescription, sa durée ou les vices qui peuvent en affecter la possession. L'étude de ces questions se résout en autant de cas particuliers qu'elles soulèvent de difficultés. Il s'agit de conséquences plus ou moins aisées à déduire du système de la loi.

Notons cependant combien les exemples que nous ont fournis ces études nous permettent de voir l'injustice du système du Code. Celui qui possède de très longue date une servitude de passage, servitude lourde, qu'il exerce publiquement et fréquemment, si nous supposons que l'exercice lui en ait été concédé moyennant argent par un propriétaire apparent, si nous supposons qu'il a signifié son titre au propriétaire réel, que celui-ci l'a laissé jouir pendant un très long temps, ce dernier sera encore à même de lui retirer l'exercice de ce qui devrait faire pour lui un droit.

Nous avons vu d'où vient cette prohibition de la prescription de certaines servitudes. L'histoire de no-

tre ancien droit nous y a montré au milieu d'une grande confusion et des principes les plus contraires la maxime « nulle servitude sans titre » considérée comme le droit commun du royaume, influençant jusqu'à la jurisprudence des parlements de droit écrit qui prétendent appliquer les règles romaines.

D'où vient cette règle « nulle servitude sans titre » ? Il ne nous a pas été possible d'en découvrir l'origine. Peu-être y faut-il voir la marque de cet esprit conservateur qui caractérise si fortement notre ancien droit coutumier (succession *ab intestat* préférée à la succession testamentaire, droit d'aubaine, prohibition du prêt à intérêt, etc.).

Toujours est-il qu'au moment où nous la voyons établie, elle se justifie par la nature même du droit de servitude. Consistant en la coexistence de deux droits sur une même chose, celui du propriétaire et celui du maître de la servitude, il est souvent difficile de dire où s'arrête la tolérance, où commence l'exercice du droit. C'est bien ce que dit Dumoulin : « Pour obvier aux grandes entreprises qui se faisaient sous couleur de souffrance ou tolérance pour cause d'amitié ou de familiarité dont on abusait. » C'est en mieux exposé le grand argument du xix^e siècle.

Il est visible que le système exposé par le Code réagit contre le système interdisant absolument la prescription des servitudes. Prescrire les servitudes paraît aux auteurs du Code chose possible. Ils ont

sous les yeux l'exemple de plusieurs pays de France qui l'admettent. « Ainsi, disait l'orateur du gouvernement M. Berlier, à la séance du Corps législatif du 29 nivôse an XII, les servitudes continues et apparentes pourront s'acquérir par une prescription trentenaire, car des actes journaliers et patents exercés pendant si longtemps sans aucune réclamation ont un caractère propre à faire présumer le consentement du propriétaire voisin : le titre même a pu se perdre, mais la possession reste et ses effets ne sauraient être écartés sans injustice. »

Nous avons déjà eu dans le cours de notre thèse l'occasion d'insister sur ce point, le système du Code est un pas dans le sens de la liberté de la prescription en matière de servitudes.

Il a cru devoir s'arrêter en chemin pour adopter un système intermédiaire que lui fournissait B. d'Argentré ou Dunod de Charnage par exemple.

Nous avons eu déjà l'occasion de faire justice des confusions qui sont à la base de ce système.

Les caractères de la servitude sont confondus avec des qualités exigées de la possession, l'apparence de la servitude avec la publicité de la possession, la continuité de la servitude avec la continuité de la possession. Confusion qui résulte de ce que les mêmes mots servent à exprimer deux choses différentes. La critique du XIX^e siècle a détruit cette erreur. Demolombe distingue déjà

entre servitudes continues et possession continue, et s'il confond encore servitude apparente avec possession apparente, les auteurs qui lui ont succédé ont su le dépasser en sorte qu'à l'heure actuelle le système de la loi apparaît illogique en ce que rien ne subsiste de ce qui paraissait le justifier.

Il n'en reste pas moins pour défendre le système de la loi que ce sont bien les servitudes dont elle permet la prescription, qui sont les plus lourdes, les plus évidentes, qui tombent le moins par conséquent sous le reproche de confusion possible entre tolérance et prescription.

« Dans ce dernier cas (servitudes discontinues ou inapparentes) dit encore l'orateur du gouvernement, rien n'assure, rien ne peut faire même légalement présumer que le propriétaire voisin ait eu une suffisante connaissance d'actes souvent fort équivoques et dont la preuve est dès lors inadmissible. »

Tout est donc là : le système de la loi tarit une source considérable de procès et de procès difficiles à résoudre. Il les tarit dans la plupart des cas par une injustice. Tant que cette injustice se masquait aux yeux sous les confusions que nous avons signalées, elle était possible ; il semble bien maintenant qu'elle ne le soit plus.

Nous n'en voudrions d'autre preuve que la jurisprudence. Quand les tribunaux sont occupés à tourner la loi, quand leur manière de la tourner ne sou-

lève d'autre critique que celle précisément de la tourner, la loi est mauvaise.

D'autre part, rester dans le *statu quo* est rester dans un mal pire que le remède. Nous nous sommes appliqué à le montrer quand nous étudions le système de la jurisprudence, accorder la propriété là où n'a été prescrite que la servitude, c'est léser les intérêts de celui-là même que la loi veut protéger, le maître du fonds servant. Pour n'avoir pas voulu qu'il pût perdre l'usage de certaines servitudes, il perdra toute sa propriété.

Il nous semble donc que par les analyses de la doctrine, comme par les besoins de la pratique, nous sommes mûrs pour voir s'établir la pleine prescription acquisitive des servitudes.

L'exemple du droit romain dans le plein développement de son droit prétorien, dans la législation des empereurs, c'est-à-dire dans la période de son histoire qui par l'analyse des jurisconsultes comme par la situation économique ressemble le plus à la nôtre, serait là pour nous rassurer, si nous ne savions que dans notre ancienne France cette prescription a pu fonctionner ou presque dans certains pays de droit écrit sans que nous en voyons signaler trop d'inconvénients.

Et tant que cette réforme n'est pas réalisée, il nous paraît du moins souhaitable de voir interpréter le plus largement possible par la jurisprudence le texte

de la loi, admettant par exemple, nous nous en sommes déjà montré partisans, que la prescription de dix à vingt ans est possible pour les servitudes continues et apparentes. Si elle voulait aller jusqu'aux autres, il n'y aurait plus qu'à faire passer la loi que nous désirons.

Vu le Doyen,
LYON-CAEN

Vu le Président de la thèse,
AMBROISE COLIN

Vu et permis d'imprimer
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris

LIARD

BIBLIOGRAPHIE

A. — DROIT ROMAIN

Accarias. — Traité de droit romain, t. I.

Cug. — Institutions juridiques des Romains. I^{re} partie, liv. II et III.

Esmein. — Mélanges, p. 170 et environnantes.

Fustel de Coulanges. — La cité antique.

Girard — Droit romain, liv. II et III.

Pernice. — Labeo, t. II, p. 152 et s.

Savigny. — System, t. IV.

Stintzing. — Das Wesen von bona fides und titulus in der römischen Usucapionslehre.

B. — ANCIEN DROIT FRANÇAIS

Argentré (d'). — Commentaires sur l'ancienne coutume de Bretagne sous l'article 271-V^o sans titre.

Beaumanoir. — Coutume de Beauvoisis, chap. XXIV.

Beudant. — Thèse, p. 122 et s.

Bourdoÿ de Richebourg. — Nouveau coutumier général de France t. II.

Chénon. — Les démembrements de la propriété foncière avant et après le Code civil, p. 18 et s.

Coquille. — Commentaires sur la coutume de Nivernais, chap. XX au mot Egout.

Davezan. — De præscriptione servitutum.

Dumoulin. — Concilium XXVI.

— Commentaire sur la coutume de Paris, tit. I, § 1.

Dunod de Charnage. — Des prescriptions. Partie III, chap. VI.

Esmein. — Histoire du droit français.

Lalaure. — Traité des servitudes réelles. Préface et livre II.

Laurière. — Corps et compilation sur la Coutume de Paris, t. II, sur l'article 186.

Merlin. — Répertoire au mot Servitudes.

Pothier. — Introduction au titre XIII de la Coutume d'Orléans, et note sous l'article 225.

De la possession

C. — DROIT CIVIL

Aubry et Rau. — Droit civil, t. III.

Baudry-Lacantinerie et Chauveau. — Des biens, nos 1090 et environnants.

Baudry-Lacantinerie et Tissier. — De la prescription.

Bellime. — De la possession.

Dalloz. — Répertoires au mot Servitudes.

Delvincourt. — T. I.

Demante et Colmet de Santerre. — T. II et VIII.

Demolombe. — Traité des servitudes, t. II.

Dupret. — Dans la Revue de droit français et étranger, t. III.

Duranton. — T. V.

Fenet. — Travaux préparatoires, t. XI.

Huc. — T. IV.

Laurent. — T. VIII.

Machelard. — Examen critique des distinctions admises,
n^{os} 110 à 120.

Mourlon. — De la prescription.

Pardessus. — Traité des servitudes, t. II.

Planiol. — Droit civil élémentaire, t. I, pp. 580 et suiv.

Toullier. — T. III.

Troplong. — De la prescription, t. II.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
PREMIÈRE PARTIE. — Notions historiques.....	5
Chapitre I : Droit romain.....	5
Chapitre II : L'ancien droit français.....	39
DEUXIÈME PARTIE. — Le Code civil.....	77
Chapitre I : Quelles servitudes sont prescripti- bles.....	77
Chapitre II : Du temps requis pour prescrire...	101
Chapitre III : Caractères exigés de la possession en matière de servitudes.....	117
Chapitre IV : Des effets de la prescription.....	141
Conclusion.....	179
Bibliographie	185

